

UNIVERSIDADE FEDERAL DO RIO DE JANEIRO
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E ECONÔMICAS
FACULDADE DE DIREITO

**REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE
OS INSTITUTOS DA *MUTATIO* E *EMENDATIO LIBELLI***

JOÃO MARCOS CARDOSO MANDARINI

RIO DE JANEIRO
2019/2º Semestre

REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE
OS INSTITUTOS DA *MUTATIO* E *EMENDATIO LIBELLI*

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.

RIO DE JANEIRO

2019/2º Semestre

REFLEXÃO CRÍTICA SOBRE
OS INSTITUTOS DA *MUTATIO* E *EMENDATIO LIBELLI*

Monografia de final de curso, elaborada no âmbito da graduação em Direito da Universidade Federal do Rio de Janeiro, como pré-requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito, sob a orientação do Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves.

Data da Aprovação: ____ / ____ / ____.

Banca Examinadora:

Orientador - Professor Ms. Rodrigo Machado Gonçalves

Membro da Banca -

Membro da Banca -

RIO DE JANEIRO - RJ

2019/2º Semestre

Dedico este trabalho ao meu avô, que, em algum lugar, deve estar orgulhoso com mais essa conquista em minha vida.

AGRADECIMENTOS

É com grande satisfação que celebro mais um importante passo rumo aos meus objetivos profissionais e pessoais. A trajetória foi difícil e não foi desempenhada de forma solitária. É momento de agradecer:

Ao meu avô Henrique Cardoso, primeiramente, por figurar como minha maior inspiração de sabedoria e confiança;

Aos meus pais, fundamentais na minha formação;

À Gisela Godinho, a mulher mais incrível que já conheci, uma das pessoas mais importantes para meu crescimento e amadurecimento como ser humano, com quem tive o prazer de compartilhar momentos únicos e inesquecíveis;

À minha irmã Laura Mandarini, que sempre me incentivou a lutar na busca dos meus objetivos, confiando no meu potencial;

Aos meus amigos, pela paciência e companheirismo, sem dúvidas, os pilares que me sustentaram nos momentos mais difíceis dessa caminhada;

Aos demais familiares, que torceram por mais essa conquista;

Ao Professor Rodrigo Machado Gonçalves, pela oportunidade de aprendizado;

Aos colegas e ilustres professores que tive ao longo dessa jornada, que foram fundamentais na construção do conhecimento.

A todos, deixo aqui a minha eterna gratidão!

CIP - Catalogação na Publicação

M271r Mandarinini, João Marcos Cardoso
 Reflexão crítica sobre os institutos da mutatio e
 emendatio libelli / João Marcos Cardoso Mandarinini.
 - Rio de Janeiro, 2019.
 74 f.

 Orientador: Rodrigo Machado Gonçalves.
 Trabalho de conclusão de curso (graduação) -
 Universidade Federal do Rio de Janeiro, Faculdade
 Nacional de Direito, Bacharel em Direito, 2019.

 1. Constitucionalidade dos institutos da mutatio
 e emendatio libelli. I. Gonçalves, Rodrigo Machado ,
 orient. II. Título.

Elaborado pelo Sistema de Geração Automática da UFRJ com os dados fornecidos pelo(a) autor(a), sob a responsabilidade de Miguel Romeu Amorim Neto - CRB-7/6283.

“Três coisas devem ser feitas por um juiz:
ouvir atentamente, considerar sobriamente e
decidir imparcialmente.” (Sócrates)

RESUMO

MANDARINI, João Marcos Cardoso. Reflexão crítica sobre os institutos da *mutatio* e *emendatio libelli*. 73 f. Monografia (Graduação em Direito) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

O presente estudo tem por objetivo analisar os institutos da *mutatio* e *emendatio libelli*, sobretudo no que tange à sua compatibilidade constitucional. Nesse contexto, será realizada uma abordagem inicial acerca da matriz de pensamento que influenciará de modo geral o trabalho. Em seguida, elementos essenciais para a construção do sistema processual penal constitucional serão conceituados e analisados. Posteriormente, serão apontadas considerações sobre os dois maiores sistemas processuais penais existentes, de modo a expor a diversidade e o caráter não linear, não evolutivo, que permeia a escolha de cada sistema dentro da história. Também será analisado o sistema processual penal brasileiro e suas particularidades. Por fim, serão apontadas as principais reflexões quanto à compatibilidade constitucional dos institutos da *mutatio* e *emendatio libelli*. Dos resultados desse trabalho, conclui-se que o processo penal brasileiro reserva características de um sistema acusatório, apesar de, infelizmente, conservar resquícios de seu passado inquisitório. A *mutatio* e a *emendatio libelli* configuram bons exemplos e comprovam tal fato. A afinidade destes dois institutos com o regime inquisitório é muito prejudicial e nos afasta, cada vez mais, do objetivo de alcançar a congruência perfeita entre legislação constitucional e infraconstitucional. A metodologia aplicada consistiu na análise da doutrina, jurisprudência, leis e de artigos publicados recentemente.

Palavras-chave: Direito Processual Penal; *mutatio libelli*; *emendatio libelli*; sistemas processuais penais; compatibilidade constitucional; Lei n. 11.719/2008.

ABSTRACT

MANDARINI, João Marcos Cardoso. Critical considerations about the concepts of *mutatio* and *emendatio libelli*. 73 p. Monograph (Law Bachelor) – Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2019.

The objective of this study is to analyze *mutatio* and *emendatio libelli*, two important Brazilian legal concepts, especially in regards to their constitutional compatibilities. An initial approach will present the source of the thoughts that influenced the study. After this, we will go through the essential elements for the emergence of a constitutional procedural system. Furthermore, we will make considerations about the two most important procedural systems and expose the diverse and nonlinear way that they appeared in history. Then, we will analyze the Brazilian procedural system and its nuances. Finally, we will be able to make final considerations about the constitutionality of *mutatio* and *emendatio libelli*. The results of this research showed that our procedural system has unquestionably more adversarial criminal procedure characteristics than inquisitorial ones, although it unfortunately still reserves some inquisitorial aspects from the past. These inquisitorial aspects are dangerous and move us away from our main objective: to find the perfect congruence between constitutional law and subconstitucional law. The applied methodology of this research consisted of the analysis of doctrine, jurisprudence, laws and articles published recently.

Keywords: Criminal Law; *mutatio libelli*; *emendatio libelli*; procedural system; constitutional compatibility; Law n. 11.719/2008;

LISTA DE SÍMBOLOS E ABREVIACÕES

CPP – Código de Processo Penal.

SG – Sistema de Garantias

ART(S) – Artigo(s).

A (1, 2, 3 , 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10) – Axioma (1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 e 10).

STF – Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1. GARANTISMO	14
1.1. Conceito	15
1.2. Garantismo e Estado Democrático de Direito	16
2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIIS	22
2.1. Evolução histórica	23
2.1.1. Sociedades primitivas	23
2.1.2. Antiguidade	25
2.2. Inquisição e sistema inquisitório	29
2.3. Sistema acusatório	32
2.4. O Sistema Processual Brasileiro	36
3. <i>MUTATIO</i> E <i>EMENDATIO LIBELLI</i> COMO INSTITUTOS EM DESALINHO COM O MODELO PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO GARANTISTA	45
3.1. Papel do juiz no processo penal acusatório	45
3.2. Papel da acusação no processo penal acusatório	48
3.3. <i>Emendatio libelli</i>	54
3.4. <i>Mutatio libelli</i>	61
CONCLUSÃO	67
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	70

INTRODUÇÃO

A nação Macunaíma passa por um controverso e decisivo momento de combate jurídico/político a diversas organizações criminosas infiltradas em múltiplos setores do Estado. O sistema processual penal nacional nunca foi tão comentado e debatido. Até mesmo as delimitações de atuação do Ministério Público e do próprio magistrado passaram a ser questionadas.

É nesse conturbado momento histórico, que esta monografia almeja observar e avaliar dois intrigantes institutos do processo penal brasileiro, a *mutatio* e a *emendatio libelli*. Para isso, ambos serão confrontados com diversos princípios, leis e teorias, levando-se em consideração as alterações promovidas pela Lei 11.719/2008, que modificou a redação dos artigos 383 e 384 do Código de Processo Penal.

Como matriz de pensamento, optou-se por realizar o estudo seguindo as diretrizes teóricas do Garantismo Penal, sistematizado pelo professor de filosofia do direito e teoria geral do direito da Universidade de Camerino, Luigi Ferrajoli. Sendo, por óbvio, respeitados os dez axiomas, conexos e não deriváveis, elucidados em sua obra “Direito e Razão”. Ou seja, será apresentado o modelo processual penal garantista, explicitando, incidentalmente, suas características e seus dez axiomas.

No primeiro capítulo, será, rapidamente, destacada a importância e o significado de se sustentar um Estado Democrático de Direito, firmando sua íntima relação com o Garantismo penal. Tudo isso, com vistas a relacioná-los com a análise dos sistemas processuais penais e a análise central dos institutos processuais penais, objetos do trabalho.

Posteriormente, já no segundo capítulo, os dois principais sistemas processuais penais serão abordados, observando-se, incidentalmente, as suas características frente às sociedades historicamente mais relevantes para evolução do homem, viajando pelo universo processual de quatro das maiores e mais importantes civilizações da história. Só então adentrar-se-á em uma

análise mais restrita aos dois sistemas, indicando seus pontos de divergência e suas características mais marcantes.

Em seguida, o sistema processual brasileiro será analisado, observando-se o papel que o processo penal deve assumir na consagração da verdadeira democracia substancial brasileira. O objetivo será o de retratar a necessidade do processo penal estar de fato a serviço da ordem constitucional e da efetivação do Estado Democrático de Direito, até porque, só com a sua democratização será possível enfim se buscar a consolidação do devido processo penal constitucional.

A anterior elucidação sobre Estado Democrático de Direito e Garantismo somada ao estudo dos cinco princípios básicos fundadores do sistema de garantias processuais penais constitucionais serão fundamentais para se chegar a conclusão de que o país vive sob um sistema acusatorial. Depois de constatar tal fato, o surgimento histórico desse sistema acusatório será objeto de breve e incidental estudo.

Por fim, no terceiro e último capítulo, será realizado um importante exercício de comparação entre a antiga e a nova redação dos artigos 383 e 384 do CPP, para só então, baseando-se em todo o estudo prévio, concluir-se pela compatibilidade ou incompatibilidade constitucional dos institutos em questão.

1. GARANTISMO

Primeiramente, vale a explicação à respeito da matriz de pensamento que norteará todo o processo redacional. Compartilha-se do pensamento ferrajoliano e entende-se que sua diretriz possui um papel de tal relevância que se faz conceitualmente essencial para a compreensão, não só dos efeitos dos dispositivos objeto do presente trabalho, como da própria órbita constitucional.

1.1. Conceito

A teoria garantista tem como marco histórico fundamental a obra “Direito e Razão” de Luigi Ferrajoli e como pressuposto base a proteção dos Direitos Fundamentais Individuais (denominados “direitos de primeira geração”), porém não é um marco teórico calcado exclusivamente nessa premissa, até porque, a ordem jurídico-constitucional prevê outros direitos, deveres e princípios.

Inicialmente, a palavra garantismo, no contexto do trabalho de Ferrajoli, seria um “modelo normativo de direito”¹, entendido nos planos político e jurídico. Num plano político, revela-se como uma técnica de tutela capaz de minimizar a violência e de maximizar a liberdade, e num plano jurídico como “um sistema de vínculos impostos ao poder punitivo do estado em garantia dos direitos dos cidadãos”².

Numa segunda acepção, o Garantismo foca em dois importantes elementos, a validade e a efetividade, como categorias distintas não somente entre si, mas também acerca da existência e vigência das normas. Assim, o Garantismo expressa uma aproximação teórica que mantém separados o ser e o dever ser. Tal visão se faz essencial para impedir, por exemplo, que juízes sejam obrigados a aplicar leis inválidas, simplesmente por serem vigentes.³

¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão – Teoria del garantismo penal*. Madrid: Trotta, 1998, p. 851.

² *Idem*, pp. 851-852.

³ *Idem*, p. 852.

Pelo prisma de uma terceira acepção, Garantismo designa uma filosofia política que impõe ao direito e ao Estado a carga da justificação externa, ou seja, discurso normativo e prática coerentes com a tutela e garantia dos valores, bens e interesses que justificam sua existência.⁴

Para o desenvolvimento do presente trabalho também é válido entender o Garantismo como um modelo normativo de direito penal e processual penal cognitivo (denominado por Ferrajoli como “modelo SG”), com pilares firmados sobre dez axiomas fundamentais, que, ordenados, conectados e harmonizados sistemicamente, determinam as “regras do jogo fundamental” de que se incumbe o Direito Penal e também o Direito Processual Penal⁵.

Numa síntese, os princípios fundantes do Garantismo penal são os seguintes⁶: A1- princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito cometido (*Nulla poena sine crimine*); A2- princípio da legalidade, lato senso ou estrito senso (*Nullum crimen sine lege*); A3- princípio da necessidade ou da economia do Direito Penal (*Nulla Lex poenalis sine necessitate*); A4- princípio da lesividade ou da ofensividade do ato; A5- princípio da materialidade (*Nulla injuria sine actione*); A6- princípio da culpabilidade (*Nulla actio sine culpa*); A7- princípio da jurisdicionalidade, lato senso e estrito senso (*Nulla culpa sine iudicio*); A8- princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação (*Nullum iudicium sine accusatione*); A9- princípio do encargo da prova (*Nulla accusatio sine probatione*); A10- princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade (*Nulla probatio sine defensione*);

Cada um dos axiomas referidos compõe o modelo de direito penal e processual penal de garantias e enuncia uma condição *sine qua non* para a imputação da responsabilidade penal e da pena.⁷ São, portanto, garantias que servem para condicionar o exercício do poder punitivo, deslegitimando qualquer atuação ilimitada ou absoluta.

⁴ *Idem*, p. 853.

⁵ *Idem*, p. 93.

⁶ *Idem*, p. 93.

⁷ FERRAJOLI, Luigi. ***Direito e razão – Teoria del garantismo penal***. Madrid: Trotta, 2006, p. 90.

“Portanto, o garantismo caracteriza-se como uma tecnologia dirigida à satisfação de valores substanciais, selecionando-os, explicitando-os e incorporando-os normativamente como condições de legitimação jurídica das proibições e das penas, com o escopo de minimizar o poder punitivo.”⁸

A partir do modelo normativo garantista, pode-se identificar sistemas que apresentem graus de Garantismo diferenciados na medida em que se aproximem ou se distanciem do modelo limite. Portanto, tendo em vista se tratar de um modelo limite, é certo se falar em graus de Garantismo e não apenas em sistemas garantistas ou antigarantistas. Se um sistema normativo de Direito Penal, por exemplo, atende aos princípios constitucionais, pode-se dizer que o mesmo apresenta níveis altos de Garantismo. Porém, se suas práticas efetivas estão em desacordo com o modelo normativo, o sistema apresenta graus baixos de Garantismo. Assim, a análise pode ser feita a partir das antinomias que o sistema normativo apresenta, assim como de suas práticas efetivas em relação às normas legais.

Para a proteção dos direitos e das garantias fundamentais (individuais e coletivas) e na exigibilidade do cumprimento dos deveres fundamentais, há que se observar que os princípios elencados funcionam como guias na dinâmica e harmônica configuração de todos os bens e valores protegidos constitucionalmente. Assim, observa-se uma importante relação entre democracia constitucional e Garantismo.

1.2. Garantismo e Estado Democrático de Direito

A Constituição Cidadã de 1988, vigente até os dias atuais, dispõe, em seu artigo 1º, que: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito (...)”⁹. Não é coincidência o Estado Democrático de Direito figurar logo no primeiro artigo desta Constituição. Trata-se de uma característica elementar à construção da sociedade almejada pelos legisladores durante a Constituinte.

⁸ CARVALHO, Salo de. **Pena e Garantias**, 3ª edição, revista e atualizada – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 89.

⁹ Art. 1º da CRFB.

O Estado Democrático de Direito surgiu como resposta à insuficiência do Estado de Direito, que, por sua vez, figurou como alternativa ao Estado absoluto. Portanto, faz-se necessário iniciar o estudo sob o contexto da Revolução Francesa.

Em aprofundado ensaio, Norberto Bobbio observa, como alguns dos principais problemas relacionados à teoria política, a forma como o poder é adquirido, conservado, perdido, exercido, defendido e, por fim, e mais importante em nossa análise, a forma como pode-se defender dele. Segundo o autor, instaurou-se, progressivamente, ao longo do século XIX, um processo de acolhimento e regulamentação das várias exigências manifestadas pela burguesia em ascensão, no sentido de conter e delimitar o poder tradicional.¹⁰

O movimento contrário a esse poder tradicional foi grandioso e progressivo, levando a uma grande revolução, conhecida como Revolução Francesa. Tratou-se de um movimento extremamente ambicioso e renovador, que se propôs a fazer com que o Estado absoluto finalmente enfrentasse verdadeiras limitações advindas de uma lógica superior à figura do monarca.

Com a revolução, a sociedade foi capaz, enfim, de submeter o outrora soberano absoluto à lei, fruto da vontade geral, o que representou um enorme avanço sistemático à época, até porque, pela primeira vez, o poder estava sob o controle do direito, dos mais baixos até os níveis superiores, por meio do processo de legalização de toda e qualquer ação governamental, não sendo mais facultado suprimi-lo ou viola-lo.

“O segundo processo foi o que deu lugar à figura - verdadeiramente dominante em todas as teorias políticas do século passado - do Estado de direito, ou seja, do Estado no qual todo poder é exercido no âmbito de regras jurídicas que delimitam sua competência e orientam (ainda que frequentemente com certa margem de discricionariedade) suas decisões.”¹¹

Estabelecia-se, portanto, o Estado de Direito, concebido tão somente como um conjunto de normas oriundas do poder legitimado, que insere-se num quadro de progressiva transformação

¹⁰ BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004 – 7ª reimpressão, p. 131-135.

¹¹ *Idem*, p. 136.

daquele poder tradicional, constituído sob bases pessoais e patrimoniais, rumo à impessoalização da dominação.¹²

Para Kelsen¹³, todo Estado é um Estado de Direito, de modo que a diferenciação que pressupõe uma dualidade entre Estado e Direito não é uma afirmação rigorosa ou uma constatação de fato, mas um posicionamento com profundo sentido ideológico. Ele critica a ideia de que o Estado seria uma realidade prévia e autônoma em relação ao ordenamento jurídico, pois não se pode supor a produção deste por aquele, para somente então o Estado se submeter ao Direito convertendo-se em Estado de Direito.

Uma vez destituído de qualquer conteúdo definido, é possível que o Estado se sirva das mais variadas formas de exercício e organização de poder. Desta forma, pode-se afirmar que “todo Estado acaba sendo Estado de Direito, ainda que seja ditatorial. Esta doutrina converte o Estado de direito em mero Estado Legal. Em verdade, destrói qualquer ideia de Estado de Direito”¹⁴, pois se tudo é Estado de Direito, logo, nada é Estado de Direito.

Uma vez que o Estado de Direito possa degenerar em um estado autoritário, protagonista das maiores barbáries, se faz essencial atribuir-lhe um conteúdo democrático, uma legitimidade popular, fundada na soberania do povo. Além disso, historicamente, o Estado de Direito não foi capaz de responder aos anseios de participação política do proletariado. A promessa de cidadania abrangente e totalmente igualitária esbarrou em todos os tipos de preconceitos da época, desencadeando grande instabilidade.

Apesar do incontestável progresso alcançado pelo Estado de Direito ao surgir como opção à sociedade, até então refém de um inclemente Estado absolutista, com o tempo mais conquistas foram obtidas, como o Estado de Direito Liberal e Social.

¹²*Idem*, p. 136.

¹³ Kelsen, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: A. Amado editor-sucessor, 1979. Capítulo VI.

¹⁴ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional Positivo**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 114.

Quando as leis incorporam apenas as proibições em garantia dos direitos de liberdade, tem-se caracterizado um Estado de Direito Liberal. Quando incorporaram também obrigações correspondentes aos direitos sociais, tem-se um Estado de Direito Social.

Destarte, o Estado de Direito Social assume um papel de suma importância no contexto histórico. Enquanto que o Estado de Direito Liberal deve apenas “não piorar” as condições de vida dos cidadãos, o Estado de Direito Social deve “melhorá-las”. Portanto, o capitalismo, outrora livre de quaisquer compromissos para com o meio social, deveria, agora, se aliar a um novo objetivo estatal: o bem-estar social geral e o desenvolvimento da pessoa humana.¹⁵

Porém, como o Estado Social de Direito não foi capaz de garantir os direitos básicos de acesso ao processo decisório, estes só ganharam legitimidade ao custo de intensa pressão social, principalmente com o fim da Segunda Guerra Mundial, e da conclusão geral de que mais deveria ser feito para se evitar qualquer concentração de poder que pudesse resvalar em totalitarismo.

Desse modo, o surgimento do Estado Democrático de Direito vai se tornando inevitável e, com ele, a clara correlação com o Garantismo de Ferrajoli:

“Neste sentido, o garantismo, como técnica de limitação e disciplina dos poderes públicos, voltado a determinar o que não devem e o que devem decidir, pode bem ser concebido como conotação (não formal, mas) estrutural da democracia: as garantias, sejam liberais ou sociais, exprimem de fato os direitos fundamentais dos cidadãos contra os poderes do Estado, os interesses dos fracos respectivamente aos fortes, a tutela das minorias marginalizadas ou dissociadas em relação às minorias integradas, as razões de baixo relativamente às razões do alto.”¹⁶

A regra no Estado Liberal de Direito é: nem sobre tudo se pode decidir, nem sequer por maioria. Já a regra do Estado Social de Direito é: nem sobre tudo se pode deixar de decidir, nem sequer por maioria. Pensando nisso, o Garantismo redefine o conceito de democracia, criando a democracia substancial.

Só seria possível se atingir uma democracia substancial com um Estado de Direito dotado de efetivas garantias. O verdadeiro Estado de Direito, concebido como sinônimo de democracia

¹⁵ MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008, p. 4.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2006, p. 797.

substancial e baseado no Garantismo, necessariamente exigiria que as instituições fossem instrumentos de satisfação dos interesses básicos, fundamentais, de todos. Ou seja, essa legitimidade só será alcançada com a efetiva tutela destes interesses.¹⁷

Isto posto, se faz necessário o reconhecimento dos Direitos Fundamentais e do seu relevante papel para a efetivação substancial da democracia, ao invés da meramente formal. Tais direitos se situam na esfera do indecível, ou seja, estão garantidos pela rigidez absoluta do Constitucionalismo pós-guerra, o que os protege da restrição por eventuais maiorias.

As garantias fundamentais, por sua vez, seriam os mecanismos de proteção desses direitos, ou seja, instrumentos que zelam pela liberdade individual, configurando meio de defesa em face do poder estatal, colocando-se diante de um direito como via assecuratória, mas não se confundindo com o mesmo. Ademais, as garantias fundamentais não admitem interpretação restritiva ou relativização, colocando em risco a soberania constitucional, uma vez que, a partir do artigo 60, §4, da própria Constituição, são consideradas cláusulas pétreas e, portanto, não podem ser objeto de emenda constitucional.

“O garantismo jurídico, como visto, consiste na tutela de todos esse Direitos Fundamentais (liberdade e direitos sociais) assim estabelecidos pela ordem constitucional vigente, os quais representam os alicerces da existência do Estado Democrático de Direito, que o alimentam e são, assim, a base da democracia material. Logo a democracia entendida como garantista significa o Estado de Direito munido tanto de direitos liberais (direitos de) como de direitos sociais (direitos a), próprios, esse últimos, dos Estados intervencionistas como o Brasil, não obstante, na prática, constituírem-se em promessas (retóricas) sonegadas.”¹⁸

Os Direitos Fundamentais envolvem, por um lado, a imposição ao Estado de prestações positivas no campo social, e, de outro, constroem negativamente a atuação estatal, promovendo a liberdade dos indivíduos. Nesse sentido, “esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam o substrato da democracia material-constitucional.”¹⁹

¹⁷ ROSA. Alexandre de morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 4.

¹⁸ *Idem*, p. 12.

¹⁹ *Idem*, p. 13.

Fato é que o Garantismo é peça chave para salvaguardar tais Direitos Fundamentais Constitucionais, que, como se pode perceber, representam elemento essencial à própria existência de um Estado Democrático de Direito.

2. SISTEMAS PROCESSUAIS PENAIS

Explicitados os conceitos e consolidada a relação entre Garantismo e Estado Democrático de Direito, importante apontar uma construção argumentativa que corrobore a constatação de qual sistema processual penal é o atualmente adotado no Brasil. Nesse intuito, será feita uma abordagem histórica e conceitual dos dois principais sistemas existentes, para só então se focar no estudo no ordenamento brasileiro, correlacionando tal sistema com o Garantismo e as bases de um Estado Democrático de Direito.

Segundo Jacinto Nelson de Miranda Coutinho²⁰, a palavra "sistema" revela a ideia de um conjunto de temas ligados por um princípio informador, que pretende se traduzir num todo orgânico, criado para um fim determinado. Denise Neves Abade oferece uma definição similar, afirmando ser o sistema um "agrupamento coordenado e lógico de elementos vinculados por um princípio ou ideia, destinados a uma finalidade determinada"²¹.

Observa-se que o reconhecimento de um sistema processual penal significa o reconhecimento da existência de um princípio unificador e informador de todo o conjunto de regras processuais penais. Esse princípio demonstrará a natureza das regras que regulamentam minuciosamente o processo penal.

“Destarte, a diferenciação destes dois sistemas processuais faz-se através de tais princípios unificadores, determinados pelo critério de gestão da prova. Ora, se o processo tem por finalidade, entre outras, a reconstituição de um fato pretérito, o crime, mormente através da instrução probatória, a gestão da prova, na forma pela qual ela é realizada, identifica o princípio unificador.

Com efeito, pode-se dizer que o sistema inquisitório, regido pelo princípio inquisitivo, tem como principal característica a extrema concentração de poder nas mãos do órgão julgador, o qual detém a gestão da prova. (...) No sistema acusatório, o processo continua sendo um instrumento de descoberta de uma verdade histórica. Entretanto, considerando que a gestão da prova está nas mãos das partes, o juiz dirá, com base exclusivamente nessas provas, o direito a ser aplicado no caso concreto.”²²

²⁰ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios do Direito Processual Penal Brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, nº4 - jan/fev/mar 2000, p. 3.

²¹ ABADE, Denise Neves. **Processo Penal**. São Paulo: Método, 2014. E-BOOK. p. 47.

²² COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios do Direito Processual Penal Brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, nº4 - jan/fev/mar 2000, pp. 3-4

Quando se refere à história dos sistemas processuais penais, é imprescindível compreender que não há um processo formal de evolução, mas sim uma variação de predomínio ideológico punitivista e libertário.

Desta feita, ao longo da história, dois tipos principais de sistemas surgiram no mundo jurídico: o acusatório e o inquisitório. Ambos tiveram origem e aplicação em momentos históricos distintos, cujos contextos políticos e sociais propiciaram seu surgimento, desenvolvimento e decadência, como se tratará no decorrer deste Capítulo.

Apenas em introdução do tema, o princípio informador do sistema inquisitório é o inquisitivo, que atribui a tarefa de investigar, acusar e julgar ao julgador e permite-lhe livre gestão e produção de prova para o fim da obtenção da "verdade material". Já no sistema acusatório, é o princípio dispositivo que impera, o que significa a existência de partes (acusação e defesa) e a sua responsabilidade pela gestão da prova, remanescendo o julgador como mero espectador da atividade probatória.

2.1. Evolução histórica

2.1.1. Sociedades Primitivas

A evolução do pensamento jurídico acompanha as transformações da própria sociedade. O brocardo jurídico não poderia ser mais preciso, *ubi societas, ibi jus*. Sendo assim, faz sentido pensar que o início da sociedade humana coincide com o início do próprio direito. Segundo Luís Fernando Scherma Reis:

“Com o início das aglomerações humanas, na Pré-história, o homem iniciou, ainda que, embrionariamente, uma organização social. Primeiro, os homens descobriram suas diferenças individuais. Depois, notaram ser impossível fundar sobre essas diferenças suas normas de conduta. E foi assim que chegaram a descobrir a necessidade de buscar um princípio que ficasse acima dessas diferenças. Dessa forma, a noção de justiça surgiu da necessidade de instaurar normas capazes não apenas de fixar os limites do uso da força e do exercício do poder, como também de restabelecer o equilíbrio nas relações entre pessoas.”²³

²³ REIS, Luís Fernando Scherma. **O Direito surgiu antes da escrita**. 2012. Disponível em: <<http://publica.direito.com.br>> Acesso em: 26 de maio de 2018, p. 3.

A verdade é que não se tem uma causa inicial específica, unanimemente reconhecida, que explique as origens do direito arcaico. O que se tem são hipóteses que giram em torno da compreensão de cada tipo de sociedade que o gerou. Ou seja, se a sociedade pré-histórica fundamenta-se no princípio do parentesco, nada mais natural do que considerar que a base geradora do direito encontra-se, primeiramente, nos laços de consanguinidade, nas práticas de convívio familiar de um mesmo grupo social, unido por crenças e tradições.²⁴

Por outro lado, pode-se observar a origem do direito pela visão religiosa. O receio da vingança dos deuses, pelo desrespeito aos ditames, fazia com que o direito fosse respeitosamente seguido. Ademais, tendo os legisladores antigos (reis-sacerdotes) anunciado que haviam recebido leis divinas, as mesmas dificilmente seriam questionadas.

“Iniciamos pela afirmação de que os primeiros grupos humanos, as primeiras tribos, desconheciam métodos mais sistematizados de solução dos conflitos de interesses penais, isto porque, como sociedades simples, rudes e incipientes, tendiam à concretização do seu direito, conforme ressaltou Luhmann, e a compreensão de uma forte relação entre o Direito, a Moral e, principalmente, a Religião.”²⁵

Para Luiz Flávio Gomes, no início, o Direito era fundado por um confuso conjunto de regras não escritas e desconexas, oriundas da moral, dos costumes, hábitos, magias e crenças.²⁶ Não era legislado, as populações não conheciam a escritura formal e suas regras de regulamentação mantinham-se e conservavam-se pela tradição. Além disso, cada organização possuía um direito único, ou seja, cada comunidade tinha suas próprias regras, vivendo com autonomia e tendo pouco contato com povos diversos.

De acordo com Geraldo Prado, os primeiros grupos humanos delegavam reações punitivas distintas entre seus integrantes e pessoas de outras tribos e clãs. Caso um membro realizasse um ato que não colocasse em perigo a vida de seus companheiros, provocando um dano reparável, seria exigido dele o restabelecimento do *status quo ante*. Já no caso de ação hostil à paz da própria tribo, o mesmo seria punido em respeito ao pleno gozo da tranquilidade daquela sociedade, até

²⁴ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 75, 1983, v. I, p. 182-184.

²⁵ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 123.

²⁶ GOMES, Luiz Flávio. **Responsabilidade penal objetiva e Culpabilidade nos Crimes Contra a Ordem Tributária**. In: ROCHA, Valdir Oliveira (Org.). **Direito Penal Empresarial**. São Paulo: Dialética, 1995, p. 41.

porque, a paz do grupo possuía raízes religiosas e era proporcionada por seus deuses sagrados. Por outro lado, se essa mesma ação hostil fosse praticada por um integrante de outro clã, o contexto seria interpretado como agressão direta à tribo, sendo posteriormente reprimida por uma espécie de vingança coletiva.²⁷

2.1.2. Antiguidade

Os modelos político-jurídicos de resolução de conflitos na esfera penal sofreram diversas alterações, que acompanharam o desenvolvimento e a capacidade organizacional das sociedades. A história do processo penal perpassa por diversas civilizações, que contribuíram em diferentes escalas para a atual conjuntura sistêmica.

Tendo em vista sociedades com maior poder de organização política, a Antiguidade teve sua história protagonizada pelo crescimento e desenvolvimento dos povos egípcios, hebreus, gregos e romanos.

Geraldo Prado, em sua análise da Antiguidade, relata que os registros históricos da civilização egípcia atestam um controle absoluto dos sacerdotes em relação ao Poder Judiciário. O tribunal supremo, encarregado de julgar os crimes mais graves, era composto, necessariamente, por juízes enviados das cidades de Mênfis, Tebas e Heliópolis. Enquanto, nas províncias, haviam juízes responsáveis por crimes menos graves, que dispunham de delegados encarregados de repreender penalmente as condutas ilegais, submetendo os desviantes até mesmo à violência. A participação processual da testemunha do delito como parte acusadora era basicamente imposta por uma espécie de dever cívico. Ademais, o julgamento funcionava de modo inteiramente sigiloso.²⁸

²⁷ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 124 e 125.

²⁸ *Idem*, p.125.

Ada Pellegrini Grinover chega a inferir que, em função da forma de governo absoluto, de domínio e inspiração sacerdotal, o Egito antigo pode ser considerado o embrião do procedimento inquisitório.²⁹

A Palestina, por sua vez, possuía três diferentes espécies de tribunais, com níveis de importância diferenciados dentro do sistema. O primeiro se chamava tribunal dos Três, pois três juízes, que só poderiam julgar delitos específicos, em sua maioria de ordem pecuniária, eram responsáveis por compor o tribunal. As decisões deles eram recorríveis, de modo que a segunda espécie de tribunal, o dos Vinte e Três, era a encarregada de julgar tais recursos e alguns outros crimes de ordem criminal originariamente.³⁰

Nota-se, portanto, que os hebreus chegaram a desenvolver um importante instituto jurídico já naquela época, a recorribilidade. Relevante o apontamento na medida em que, durante a Antiguidade, as decisões da maioria dos povos possuíam bases soberanas, ou até sagradas, sendo, portanto, inquestionáveis, irrecorríveis, incontendíveis.

João Mendes de Almeida Júnior elenca em sua obra alguns princípios jurídicos cultivados em solo palestino à época, como a inexistência de prisão preventiva e de interrogatórios ocultos, além do fato de ninguém poder ser preso ou condenado por um único depoimento, nem por meras conjecturas. Vale destacar que a instrução e os debates eram públicos, apesar dos julgamentos serem conferidos e acordados em segredo.³¹

Para completar este sistema jurídico, os hebreus contavam com os Sinédrios, ou Tribunais dos Setenta. Seguindo a mesma lógica de nomenclatura dos dois primeiros, o esse tribunal era composto por setenta juízes, que interpretavam leis e julgavam cidades e tribos rebeldes, senadores, profetas e chefes militares.³²

²⁹ GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**, 2ª ed. São Paulo: RT, 1982, p. 28.

³⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 126.

³¹ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, v.1, pp. 19-21.

³² PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 126.

“Atenas é historicamente identificada como o primeiro grande precedente de limitação do poder político – *governo de leis, e não de homens* – e de participação dos cidadãos nos assuntos públicos. Embora tivesse sido uma potência territorial e militar de alguma expressão, seu legado perene é de natureza intelectual, como berço do ideal constitucionalista e democrático. Ali se conceberam e praticaram ideias e instintos que ainda hoje se conservam atuais, como a divisão das funções estatais por órgãos diversos, a separação entre o poder secular e a religião, a existência de um sistema judicial e, sobretudo, a supremacia da lei, criada por um processo formal adequado e válida para todos.”³³

Na Grécia antiga, a ilustração clássica pode ser extraída da forma de expressão da justiça ateniense, que dividia sua jurisdição criminal em quatro: a Assembléia do povo, o Areópago, os Efetas e os Heliastas. Este último era composto de cidadãos, que se reuniam em praça pública para exercer a jurisdição comum, possuindo ampla competência. Chama atenção o caráter popular das decisões, aliado à publicidade da própria atuação jurisdicional.³⁴

Além de se valer da publicidade e oralidade do juízo, o sistema grego também prezava pela igualdade entre acusador e acusado, que se mantinha em liberdade durante o processo de julgamento, muitas vezes condicionada à caução. Contudo, admitia a tortura e os juízos de Deus como meios de realização probatória, além de determinarem a decisão judicial como irrecurível.³⁵

Provando ser uma sociedade altamente complexa e desenvolvida, os gregos chegavam a distinguir crimes públicos e privados. Como destacou João Mendes Junior, a nota distintiva dessas duas classes de delito residia no interesse público (ordem, tranquilidade e paz públicas), ou privado, na repressão da infração, permitindo-se, no último caso, a desistência e transação durante o processo.³⁶

Em Roma, houve uma sucessão de sistemas procedimentais. O primeiro e mais antigo deles levou o nome de *cognitio*, que deixava ao magistrado, como representante do rei, amplos poderes de iniciativa, instrução e deliberação. Se caracterizava por não haver a necessidade de partes e,

³³ BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 32.

³⁴ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 128.

³⁵ ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, v.1, p. 26.

³⁶ *Idem*, p. 23.

principalmente, por absoluta ausência de formalidades legalmente estabelecidas. Embora fosse possível a autodefesa do acusado, esta não constituía um direito, e só tinha o lugar e a forma que o inquisidor entendesse conveniente³⁷

Logo após, surge a *accusatio*, que guarda semelhanças com a acusação popular implementada na Grécia antiga, principalmente porque os julgamentos eram públicos. A persecução e o exercício da ação penal eram encomendados a um órgão distinto do juiz, não pertencente ao Estado, o *accusator*. A denúncia caluniosa, já nessa época, era prevista como crime, enquanto que a anônima, ou feita sem acusador legítimo ou idôneo, era inadmitida.³⁸

O seu procedimento passava, necessariamente, pela formulação de uma proposta de acusação contendo a indicação precisa do *crimen* cometido e da lei violada. Quando o réu se apresentava, era de imediato interrogado sobre os fatos. Se confessasse, o procedimento já era encerrado com a condenação, se negasse a acusação, acusador e acusado saíam intimados para comparecer perante o órgão julgador. Na sequência, se promovia o debate entre litigantes. Era admitida a réplica e o prosseguimento em dias sucessivos. As provas apresentadas ao tribunal podiam ser testemunhais, documentais ou por meios de provas diversas, como a confissão espontânea ou a prova mediante tortura. A condenação imposta no período do processo ordinário era definitiva e irrevogável, não estando sujeita a qualquer espécie de revisão³⁹

Por fim, Roma chegou a instituir uma nova *cognitio*, que voltou a conferir amplos poderes ao magistrado, não somente para investigar as informações penais, como, ainda, para julgar a causa, podendo valer-se, até mesmo, da tortura.⁴⁰

³⁷ DEMCZUK DE ALENCAR, Claudio. **Os Períodos do Processo Penal Romano e seus Respetivos Procedimentos**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 66, set./dez. 2012

³⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.107-108.

³⁹ DEMCZUK DE ALENCAR, Claudio. **Os Períodos do Processo Penal Romano e seus Respetivos Procedimentos**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 58, p. 67, set./dez. 2012.

⁴⁰ PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, pp. 129-134

2.2. Inquisição e o sistema inquisitório

“O aparelho inquisitório, testado com eficácia no período da Roma Imperial, ressurgiu nas práticas medievais”⁴¹. A nova *cognitio*, infelizmente, contribuiu para que o sistema de transmissão de notícias sobre o cometimento de crimes aos juízes, quando da não apresentação da acusação ao tribunal popular, evoluísse para a total confusão entre os papéis da parte acusadora e da figura magistral.

Com a queda do Império Romano, os únicos poderes que invocaram autoridade mais ampla foram a Igreja Católica e, a partir do século X, o Sagrado Império Romano-germânico.⁴² Assim, a nova fase inquisitória se consolidou por influências religiosas, como do papa Inocêncio III, que já havia baixado uma Bula (*Vergentis in Senium*) comparando o crime de heresia ao de ‘lesa majestade’ (...), do papa Gregório IX, pela *Constitutio Excominianus*, de 1231 e com a *Bula Ad Extirpanda*, de Inocêncio IV, em 1252.⁴³ Este último possibilitou, nada mais, nada menos, que a normatização do sistema inquisitório. Enquanto isso, as obras do *Inquisitorium* (1376) e do *Malleus Maleficarum* (1489) propiciaram a sua instrumentalidade delineando os traços procedimentais que caracterizariam o modelo.

Aury Lopes Jr. observa que a incorporação do modelo inquisitivo religioso pelos legisladores da época foi resultado tanto da inatividade e “parcialidade” das acusações populares do regime anterior, como da aspiração por um processo integralmente judicial, rápido e simples, para casos de flagrante delito.⁴⁴

“A mudança em direção ao sistema inquisitório começou com a possibilidade de, junto ao acusatório, existir um processo judicial de ofício para os casos de flagrante delito. Os poderes do magistrado foram posteriormente

⁴¹ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, 6ª edição, rev. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015, p.137.

⁴² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 34.

⁴³ LORA, Deise Helena. **Sistemas Jurídico-Penais contemporâneos: A verdade como “revelação” no processo penal. Da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto**. 2015. Rev. El. da Faculdade de Direito PUCRS. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/21086/13932>> Acesso em: 27 de maio de 2018, p. 4

⁴⁴ LOPES JR, Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015, pp. 143-144.

invadindo cada vez mais a esfera de atribuições reservadas ao acusador privado, até o extremo de se reunir no mesmo órgão do Estado as funções que hoje competem ao Ministério Público e ao juiz.”⁴⁵

A incorporação das funções do acusador, pelo julgador, foi o início de uma série de desmandos que acabaram por fazer nascer o sistema inquisitório. Logo o julgador já não precisava mais de uma acusação formal, procedendo de ofício à investigação, acusação, instrução e julgamento. Nessa circunstância, sua imparcialidade já não mais existia, e toda prova era alegada e produzida no intento de combater o crime, condenar o criminoso, servir ao dito interesse público. Segundo Geraldo Prado, no período, “a igreja passou a enxergar no crime não só uma questão de interesse privado mas, principalmente, um problema de salvação da alma, requisitando-se o magistério punitivo como forma de expiação de culpas”⁴⁶. Com isso, o sacrilégio e a redenção individuais passaram a mascarar a própria metodologia de manutenção do controle.

“A partir do imperativo de controle conjunto da criminalidade comum e da heresia (crime de consciência), o mecanismo permite a ampliação do rol de culpáveis, englobando em sua persecução quaisquer atos de oposição aos saberes oficiais. Estabelece-se, pois, estrutura maximizada e onipresente de poder que não admite a existência da alteridade, sendo qualquer manifestação identitária diversa da suportada pelo clero adjetivada como (delito de) heresia.”⁴⁷

Como a busca pela “verdade” tinha preferência sobre a integridade física do acusado, os juízes se serviam dos meios necessários para extraí-la. A autorização irrestrita do uso da tortura como mecanismo idôneo de obtenção de prova marcou o modelo, aumentando significativamente as possibilidades de condenação por heresia, visto que tal artifício possibilitava a constatação da verdade pela confissão pessoal, prova máxima de cometimento do crime. O Tribunal da Inquisição, ou Santo Ofício, possuía o claro objetivo de reprimir, não só a heresia, mas, tudo que fosse contrário ou que pudesse criar dúvidas acerca dos mandamento da Igreja Católica.

Para Franco Cordero, no contexto inquisitório, os juízos tornaram-se psicospia:

“O instrumento inquisitório desenvolve um teorema óbvio: culpado ou não, o indiciado é detentor das verdades históricas; tenha cometido ou não o fato; nos dois casos, o acontecido constitui um dado indelével, com as

⁴⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p.112.

⁴⁶ PRADO, Gerlado. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 80.

⁴⁷ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, 6ª edição, rev. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 137.

respectivas memórias; se ele as deixasse transparecer, todas as questões seriam liquidadas com certeza; basta que o inquisidor entre na sua cabeça.”⁴⁸

Investigador, acusador e juiz foram concentrados em uma mesma figura, que condenava os suspeitos com base em uma convicção formada desde a investigação, sendo o julgamento uma mera encenação, uma corroboração performática de uma decisão previamente constituída,⁴⁹ e o imputado um mero objeto de verificação.⁵⁰ Nesse sentido, Aury Lopes Jr aponta que “o sistema inquisitório foi desacreditado – principalmente – por incidir em erro psicológico: crer que uma mesma pessoa possa exercer funções tão antagônicas como investigar, acusar, defender e julgar”.⁵¹

A figura magistral desse modelo se utilizava da prova, unicamente, “para demonstrar o acerto da imputação formulada”⁵² por eles mesmos. Ou seja, o juiz se utilizava do artifício probatório para confirmar um entendimento previamente constituído. “O inquisidor investiga, procurando buscar signos do delito, e trabalha sobre os acusados, porque, culpados ou inocentes, sabem tudo o que se requer para decisões proferidas; tudo se resume a fazê-los dizer.”⁵³

Por acumular as três tarefas, o juiz se reveste de um poder superior, colocando-se em posição de total superioridade diante do indivíduo, submisso ao juiz inquisidor. Em decorrência disso, a isonomia processual era completamente comprometida e a paridade de armas totalmente inexistente.

“Não se fala em paridade de armas, sendo nítida a posição de desigualdade entre as partes. Na verdade, a própria defesa do réu é bastante restrita, não lhe sendo assegurado, ao contrário do que ocorre no modelo acusatório, o direito de manifestar-se depois da acusação para refutar provas e argumentos trazidos ao processo pelo acusador.”⁵⁴

⁴⁸CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986, p. 48.

⁴⁹MALAN, Diogo Rudge. **A sentença incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 63.

⁵⁰COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.23.

⁵¹LOPES JR., Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 162.

⁵²JARDIM, Afrânio Silva. **Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994, p. 24.

⁵³CORDEIRO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino:UTET, 1986. **Procedura Penale**. 5. Ed. Milano: Giuffrè, 2000, p. 580.

⁵⁴AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 6ª. Ed. São Paulo: Método, 2014, p.1372.

O sistema inquisitorial operava de forma perversa, cruel, desumana, vil e impiedosa. Com isso, muitas de suas características eram diametralmente opostas às do sistema acusatório, próximo tema a ser abordado. Aos olhos do juiz, habilitar o contraditório e a ampla defesa, por exemplo, poderia significar a criação de obstáculos na descoberta da verdade.

“É da essência do sistema inquisitório a aglutinação de funções na mão do juiz e atribuição de poderes instrutórios ao julgador, senhor soberano do processo. Portanto, não há uma estrutura dialética e tampouco contraditória. Não existe imparcialidade, pois uma mesma pessoa (juiz-ator) busca a prova (iniciativa e gestão) e decide a partir da prova que ela mesma produziu.”⁵⁵

Além disso, outros diversos requisitos, essenciais à um sistema acusatório plenamente constituído, são completamente desconsiderados no contexto inquisitório. O sigilo processual talvez seja um dos melhores exemplos, até porque, vale lembrar, na inquisição não havia o menor compromisso com a publicidade dos atos processuais, tudo ocorria longe dos olhos do povo.

“(…) era impossível ao acusado ter acesso às peças do processo, impossível conhecer a identidade dos denunciadores, impossível saber o sentido dos depoimentos antes de recusar as testemunhas, impossível fazer valer, até os últimos momentos do processo, os fatos justificativos, impossível ter um advogado, seja para verificar a regularidade do processo, seja para participar da defesa.”⁵⁶

O comprometimento é tamanho que Ferrajoli chega a afirmar que neste sistema, o enfraquecimento das garantias processuais pode gerar até a total falta de prova e de defesa, passando os juízos penais a se basearem no poder e não no saber, na arbitrariedade pura e simples.⁵⁷

2.3. Sistema Acusatório

O sistema acusatório predomina nos países que possuem uma sólida base democrática, onde, normalmente, a liberdade individual é mais respeitada. Já o sistema inquisitório predominou em países mais autoritários, onde os direitos individuais quase inexistiam.

⁵⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 18.

⁵⁶ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 1987. p. 32.

⁵⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2006, p. 97.

Conforme já exposto anteriormente, pode-se dizer que a origem do sistema acusatório de processo penal remonta ao Direito Grego e ao Direito Romano, quando a acusação cabia a sujeito processual diverso daquele a quem era atribuído o julgamento do processo. Além de estarem separadas as funções de acusar e julgar, a acusação sequer era atribuída ao Estado, de forma que era exercida por particulares, cidadãos interessados na persecução criminal.

O século XVII marcou a história como o início do que, atualmente, se pode chamar de processo de declínio do sistema inquisitório. Salo de Carvalho aponta o médico Dr. Jophannes Wier como um dos primeiros a formular críticas públicas contra os excessos punitivos. Sua atuação foi determinante, pois diagnosticou diversos pacientes que estariam sendo vítimas de acusação de bruxaria. Propôs, ainda, a adoção de medidas terapêuticas para os tratamentos e, até mesmo, a cura dos enfermos, contrapondo-se às medidas interventivas punitivas dos Tribunais Inquisitoriais.⁵⁸

Em 1640, a feitiçaria deixou de ser vinculada à ideia de delito. Porém, as críticas aos valores do modelo só se consolidaram com o crescimento dos movimentos humanistas e racionalistas.

“As teorias humanistas, plenamente apropriadas pelo discurso do liberalismo penal divulgado pela Escola Clássica, solidificarão a estrutura principiológica do direito e do processo penal, projetando (formalmente) a racionalização do poder punitivo a partir dos conceitos de igualdade e autonomia entre sujeitos, independência e imparcialidade do julgador. A instrumentalização desta estrutura ocorrerá fundamentalmente com a densificação do postulado secularizador, cindindo delito (*mala prohibita*) de pecado (*mala in se*), e sintonizando direito penal do fato e sistema processual penal acusatório em programa político-criminal de intervenção subsidiária.”⁵⁹

Salo de Carvalho observa, ainda, uma interessante relação de inserção dos movimentos humanista e racionalista na concepção do próprio direito natural. Dessa forma, a queda do sistema inquisitório se deu em virtude da mudança do câmbio de concepção jusnaturalista, que rompeu com a ênfase teleológica para dar lugar a um olhar antropocêntrico, conquistado pela revolução racionalista.⁶⁰

⁵⁸ CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, 6ª edição, rev. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015, p. 148.

⁵⁹ *Idem*, p. 154.

⁶⁰ *Idem*, p. 157.

“Pode-se afirmar seguramente que a herança espiritual da Idade Média, no âmbito da repressão penal, não desapareceu definitivamente, até que, a partir dos séculos XVII e XVIII, sob inspiração do Iluminismo, iniciou-se o período moderno de administração da justiça, reduzindo-se e amenizando-se as características inquisitoriais dos procedimentos penais.”⁶¹

Com a chegada do século XVIII, a Revolução Francesa, munida de suas ideologias e postulados de valorização do homem, impulsionou um gradual abandono dos cruéis traços inquisitórios⁶² e a recuperação do *status dignitatis*, concluindo na transformação rousseauiana dos meros súditos passivos em cidadãos ativos. Esse período histórico detém grande importância. Geraldo Prado acrescenta que a transição política e cultural da monarquia para a República também gerou relevante repercussão no campo do processo penal, por meio da abolição da tortura e da adoção de um sistema processual penal inspirado em sistemas anteriores, como da Roma Republicana.⁶³

Todavia, esse processo se mostrou totalmente restritivo, de forma que povos marginalizados e desprezados socialmente não poderiam ser plenamente considerados cidadãos franceses. Os judeus, por exemplo, não podiam, nessa época, exercer a maioria das atividades comerciais, ser donos de terras ou participar de guildas. Eles moravam em guetos, eram desmoralizados, vítimas de violência e impostos especiais. Logo, não demorou muito para a legitimidade de sua cidadania ser questionada.

“(…) em oito décadas, a Revolução Francesa vivenciou dez constituições (cinco nos primeiros treze anos), terror organizado, restauração da monarquia, insurreição, golpes, autocracia e democracia. Conflitos em torno do significado da cidadania, sobretudo seu caráter incluyente, foram centrais nessa extraordinária turbulência.”⁶⁴

Apesar das críticas, pode-se dizer que o código francês de 1808 serviu de modelo para a reforma do sistema inquisitivo da Europa continental no século XIX e início do século XX.

⁶¹ PRADO, Gerlado. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 152.

⁶² LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.108.

⁶³ PRADO, Gerlado. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 153.

⁶⁴ HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente : disjunções da democracia e da modernidade no Brasil** / James Holston ; tradução Claudio Carina . revisão técnica Luísa Valentini. – 1ª ed. – São Paulo : Companhia das Letras, 2013, p. 75.

Posteriormente, em vários países, como Áustria, Alemanha, Espanha e Itália, acentuou-se a tendência acusatória do processo penal.

Na atualidade, a estrutura acusatória é fundada na rígida separação dos sujeitos processuais, em configuração triádica. Distinguem-se, principalmente, as atividades de acusar e julgar, mantendo o juiz como terceiro imparcial, alheio ao labor de investigação e passivo ao processo de colheita de prova. Ou seja, o juiz atém-se ao livre convencimento motivado para sustentar sua sentença. A maior parte do procedimento é oral e público, sendo conferida igualdade de oportunidades às partes, que gozam de acesso total ao contraditório e ampla defesa, impugnando as decisões e se utilizando do duplo grau de jurisdição.⁶⁵

Sob a perspectiva de Geraldo Prado, a natureza verdadeiramente acusatória exige, para verificar-se, não só a existência de uma acusação, mas tanto, e, principalmente, que esta acusação reflita uma alternativa de solução do conflito de interesses em questão, contrapondo a alternativa sugerida no exercício do direito de defesa. Vale dizer, acusação e defesa surgem como propostas excludentes de sentença. Daí surge a importância da imparcialidade dentro do processo, até porque, para admitir a influência das atividades realizadas pela defesa, o juiz não pode, de forma alguma, estar psicologicamente seduzido pela versão da acusação.⁶⁶

A posição equilibrada que o juiz deve ocupar, durante o processo, sustenta-se na idéia reitora do princípio do juiz natural, que traduz-se na associação da exigência da reserva do devido processo legal com a já mencionada imparcialidade do juiz.⁶⁷ Assim, o referido princípio deve ser interpretado em sua plenitude, de forma a não só proibir-se a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir-se respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

Aury Lopes traz uma interessante contribuição para o tema, ao analisar o estado de tranquilidade social estimulado pelo sistema acusatório. A contribuição nesse sentido fica clara ao

⁶⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.109.

⁶⁶ PRADO, Gerlado. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, pp. 177-178.

⁶⁷ *Idem*, p. 179.

se observar que o próprio sistema evita abusos da prepotência estatal, que pode se manifestar na figura do juiz “apaixonado” pelo resultado de seu labor investigador e que, ao sentenciar, desconsidera os princípios básicos de justiça, ao tratar, desde o início, o suspeito como condenado.⁶⁸

2.4. O Sistema Processual Penal Brasileiro

A partir das breves considerações já tecidas acerca de Garantismo penal, Estado de Direito, Estado Democrático de Direito e dos tipos de sistemas processuais penais reconhecidos historicamente, passa-se a uma análise do sistema processual penal brasileiro.

A Constituição Cidadã de 1988 trouxe a instituição do Estado Democrático de Direito e, com ele, extenso rol de direitos e garantias fundamentais para o povo. Ela trouxe também, a necessidade de democratização do ordenamento infraconstitucional e das práticas sociais, para que haja a, já mencionada, efetivação de um Estado de Direito realmente democrático e para que se dê vida ao texto constitucional, evitando-se, na medida do possível, o descompasso entre normatividade e efetividade.

Os direitos penal e processual penal, para que se adequem aos parâmetros constitucionais do Estado Democrático de Direito, devem se depurar e democratizar à luz do norte constitucional. A função precípua, promovida a devida oxigenação, deveria ser de fornecer o devido serviço à Constituição, tutelando a garantia do indivíduo em face do Estado, pois, apenas um direito democrático (material e processual) pode de fato dar corpo a um Estado Democrático. Deve-se buscar a efetivação do modelo de jurisdição penal e processual penal que faça jus a um Estado que se pretende democrático. Tal modelo de jurisdição não pode ser outro que não o garantista, um modelo cognitivo, em que o poder seja mínimo e o saber, o conhecimento acerca do fato e do direito seja máximo, em que, a esfera da liberdade dos cidadãos esteja amplamente resguardada de invasões que firam a segurança jurídica e o devido processo legal.

⁶⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.110.

A indubitável proximidade entre os axiomas garantistas, o Estado Democrático de Direito e os preceitos constitucionais básicos, já referida em capítulo anterior, é mais que suficiente para justificar uma urgente compatibilização do conteúdo processual penal e o modelo desenvolvido por Ferrajoli. Ao analisar-se a Carta Constitucional de 1988, fica fácil perceber que, em função da instituição do Estado Democrático de Direito, o processo penal democrático, através do modelo penal garantista SG, é o ideal a ser alcançado tanto pela ordem jurídica, quanto pela prática.

“Como já foi exposto até aqui, pensamos ser imprescindível que o processo penal passe por uma constitucionalização, sofra uma profunda filtragem constitucional, estabelecendo-se um (inafastável) sistema de garantias mínimas. Como decorrência, o fundamento legitimante da existência do processo penal democrático é a sua instrumentalidade constitucional, ou seja, o processo enquanto instrumento a serviço da máxima eficácia de um sistema de garantias mínimas (...)

Lidamos com o processo penal desde um olhar constitucional, buscando efetivar a filtragem que o Código de Processo Penal exige para ter aplicação conforme a Constituição. Nessa tarefa, existem princípios que fundam a instrumentalidade constitucional e conduzem a uma (re)leitura de todos os institutos do processo penal brasileiro.”⁶⁹

O sistema de garantias processuais penais constitucionais é constituído e fundado, segundo Aury Lopes Jr.⁷⁰, em cinco princípios básicos de eficácia normativa, que, não por acaso, refletem os exatos pontos levantados por alguns dos axiomas de Ferrajoli.

“Quando se lida com o processo penal, deve-se ter bem claro que, aqui, forma é garantia. Por se tratar de um ritual de exercício de poder e limitação da liberdade individual, a estrita observância das regras do jogo (devido processo penal) é o fator legitimante da atuação estatal. Nessa linha, os princípios constitucionais devem efetivamente constituir o processo penal. Esse sistema de garantias está sustentado – a nosso juízo – por cinco princípios básicos que configuram, antes de mais nada, um esquema epistemológico que conduz à identificação dos desvios e (ab)usos de poder.”⁷¹

A atual Constituição da República não prevê em seu texto a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Na verdade, em nenhum momento da história brasileira houve referência expressa ao sistema processual penal adotado, seja nos códigos de processo ou nas Constituições. Contudo, através da interpretação do texto constitucional, é possível afirmar a consagração do sistema acusatorial. Nesse sentido, com o objetivo de auxiliar tal interpretação, serão utilizados os cinco princípios básicos indicados por Aury Lopes Jr em sua obra.

⁶⁹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 161-162

⁷⁰ *Idem*, p. 162 e seguintes.

⁷¹ *Idem*, p. 162.

O primeiro princípio a ser abordado será o da jurisdicionalidade, que visa “orientar a inserção do juiz no marco institucional da independência, pressuposto da imparcialidade, que deverá orientar sua relação com as partes no processo”⁷².

O juiz deverá assumir a função de garantidor, lutando contra as violações e ameaças de lesão aos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados (ou fruto de convenções internacionais). Deverá se afastar de uma atuação política e se manter fiel à tutela do indivíduo, reparando injustiças e absolvendo em caso de provas plenas e legais de sua responsabilidade penal.

Além disso, tendo em vista que o acesso à jurisdição é premissa material e lógica para a efetividade dos direitos fundamentais, tal princípio exige a inderrogabilidade do juízo, ou seja, a jurisdição é indeclinável.⁷³

Tal princípio corresponde, na classificação adotada por Ferrajoli, à garantia expressa no axioma A7 (*nulla culpa sine iudicio*) e consubstancia a garantia processual penal de maior relevância, posto que pressuposto de todas as demais.

Apresenta-se também como o mais complexo, estando em pleno acordo com a orientação constitucional, com o Estado Democrático de Direito, tendo como pressuposto um juiz natural, democrático e garantista, assim, a serviço da Constituição e da garantia dos direitos fundamentais do acusado. Ainda assim, se faz necessário o estudo dos outros quatro princípios.

O princípio acusatório, por sua vez, pode ser identificado no axioma A8 (*nullum iudicium sine accusatione*). Ele determina justamente a separação entre juiz e acusação, impedindo a atuação de ofício do magistrado e reservando às partes um tratamento isonômico. Ou seja, ele determina que o juiz deva manter-se equidistante das partes, respeitando a dialética do processo, bem como sua configuração triangular.

⁷² *Idem*, pp. 164-165.

⁷³ *Idem*, p. 165.

A estrutura do sistema acusatório é totalmente compatível com as características de tal princípio. Não só a separação de funções, mas a iniciativa das partes e a imparcialidade do julgador são características realçadas na obra de Aury, além de serem inerentes de um sistema acusatório. Logo, compreende-se que a Constituição de 1988 dispõe um modelo acusatório, que pelo processo de democratização do ordenamento infraconstitucional determina a aplicação desse mesmo modelo no ordenamento processual penal.

Vale, aqui, ressaltar que este trabalho não está se propondo a afirmar que seja suficiente a separação entre acusação e julgador para a constituição de um sistema acusatório no modelo constitucional. Seria uma visão totalmente reducionista e insuficiente, visto que “se originalmente o sistema acusatório teve por núcleo a separação de funções, o nível atual de desenvolvimento e complexidade do processo penal não admite mais tais simplificações.”⁷⁴ Aury reconhece um claro reducionismo na análise que se disponha a pensar o sistema acusatório desconectado do princípio da imparcialidade e do contraditório:

“A concepção de sistema acusatório está íntima e indissolúvelmente relacionada, na atualidade, à eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade (princípio supremo do processo penal, recordemos). (...) É isso que precisa ser compreendido por aqueles que pensam ser suficiente a separação entre acusação-julgador para a constituição do sistema acusatório no modelo constitucional contemporâneo. É um erro separar em conceitos estanques a imensa complexidade do processo penal, fechando os olhos para o fato de que a posição do juiz define o nível de eficácia do contraditório e, principalmente, da imparcialidade.”⁷⁵

Exatamente por isso se faz necessária a análise dos outros princípios, elucidando as características de cada um e traduzindo o universo constitucional, com suas respectivas consequências dentro do processo penal.

Adentra-se, agora, portanto, ao estudo do princípio da presunção de inocência, que, para Aury Lopes Jr., remonta ao Direito Romano acusatório, época pré-inquisição.⁷⁶ Atualmente, no Brasil, a presunção de inocência está consagrada no artigo 5º, LVII e diz expressamente que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória”.

⁷⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.122.

⁷⁵ *Idem*, pp. 122-123

⁷⁶ *Idem*, p.225.

Sua consequência é a automática aplicação do *in dubio pro reo*, que impede a condenação do réu nos casos em que as provas produzidas não sejam suficientes para se atribuir certeza da prática da infração penal.

Segundo Luigi Ferrajoli⁷⁷, este princípio é decorrência lógica do princípio da jurisdicionalidade, até porque, se a jurisdição é a atividade necessária para obtenção da prova de cometimento do delito, até que a mesma se produza não se poderá inferir que qualquer delito tenha sido cometido e ninguém poderá ser considerado culpado nem submetido a qualquer pena.

Aury chega a revelar seu entendimento de que, a partir da aplicação da presunção de inocência, o juiz ficará necessariamente restrito a construir seu convencimento pelo contraditório, “orientando-se o processo protanto, pela estrutura acusatória que impõe a estrutura dialética e mantém o juiz em estado de alheamento (...)”⁷⁸.

Não por acaso, os próximos princípios a serem abordados são, justamente, o do contraditório e da ampla defesa.

Eles apresentam, ao réu, o direito de defesa, também plenamente resguardado no axioma A10 (*nulla probatio sine defensione*). O processo como disputa ou controvérsia argumentativa pressupõe que se ao autor corresponde o direito à ação, ao réu corresponderá o correlato direito à defesa.

Contraditório e ampla defesa não se confundem. Em verdade, a garantia de contraditório encontra-se inserida na ampla defesa, uma vez que o contraditório implica no “direito de participar, de manter uma contraposição em relação à acusação e de estar informado de todos os atos desenvolvidos no *iter procedimental*”⁷⁹, enquanto a ampla defesa vai além, impondo que esta participação seja efetiva. Pode-se considerar, portanto, que o contraditório é um veículo da ampla defesa, que, por sua vez, seria uma garantia englobante do contraditório.

⁷⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão – Teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 2006, p. 505.

⁷⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p.228.

⁷⁹ *Idem*, 2013, p.232.

Além desses dois conceitos, não se pode deixar de avaliar dois institutos que se encontram incluídos nesta garantia, o direito à defesa técnica e à defesa pessoal.

A técnica é a que exige a assistência exercida por um advogado. Essa modalidade de defesa se justifica pela necessidade de equilíbrio funcional entre defesa e acusação e da presunção de hipossuficiência do sujeito passivo. A defesa técnica será cumprida pela assistência jurídica de um advogado privado ou pela assistência de um Defensor Público.

“O Estado deve organizar-se de modo a instituir um sistema de ‘Serviço Público de Defesa’, tão bem estruturado como o Ministério Público, com a função de promover a defesa de pessoas pobres e sem condições de construir um defensor. Assim como o Estado organiza um serviço de acusação, tem esse dever de criar um serviço público de defesa, porque a tutela da inocência do imputado não é só um interesse individual, mas social.”⁸⁰

Com vista em efetivar a plena execução de tal princípio, a Constituição, em seu artigo 5º, inciso LXXIV, dispõe que “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”⁸¹. Além disso, a Magna Carta prevê, em seu artigo 134, que:

“A Defensoria é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal.”⁸²

O Código de Processo Penal também destina um artigo em especial para resguardar tal garantia, ao afirmar que “nenhum acusado, ainda que ausente ou foragido, será processado ou julgado sem defensor”⁸³

A defesa pessoal, por sua vez, pode ser compreendida como a atuação do sujeito passivo no sentido de resistir à pretensão estatal. Assim, o sujeito atua pessoalmente, fazendo valer seu critério individual e seu interesse privado.⁸⁴ A atuação pode ser positiva, como no caso de um

⁸⁰ *Idem*, p. 235.

⁸¹ Art. 5º, LXXIV da CRFB

⁸² Art. 134 da CRFB

⁸³ Art. 261 do CPP

⁸⁴ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 237.

interrogatório, em que o sujeito passivo pode expressar seus motivos e justificativas, ou no caso de participação de acareações, reconhecimentos... Como também pode ser negativa, quando o sujeito passivo se nega a declarar, ou dar a mínima contribuição para a atividade probatória de investigação.

Esse direito de silêncio é, nada mais, nada menos que, a manifestação de uma garantia maior, o princípio *nemo tenetur se detegere*, que significa basicamente que não poderá haver nenhum prejuízo ao sujeito passivo que se omitir em colaborar com a atividade probatória da acusação, ou que simplesmente exerça o seu direito de silêncio durante o interrogatório. Ferrajoli⁸⁵ considera tal princípio como a primeira máxima do Garantismo processual acusatório.

O quinto e último princípio a ser abordado apresenta-se como uma exigência social de transparência da atuação do órgão jurisdicional, que, por sua vez, tem o dever de motivar toda conclusão que chegou para determinar a sentença, toda a linha de raciocínio desenvolvida na valoração das provas. Esse princípio é nomeado como princípio da motivação das decisões judiciais. Importante atentar, com cuidado, ao nome do princípio, pois não se pode restringir sua atuação às sentenças judiciais, até porque, decisões interlocutórias tomadas no curso do procedimento também devem prestar a devida fundamentação, também são consideradas decisões judiciais.

Apenas a fundamentação detalhada nos permitirá avaliar se a racionalidade predominou sobre o poder e se o devido processo penal foi seguido. No modelo constitucional não se admite nenhuma imposição de pena.

Concluída a análise dos cinco princípios, torna-se mais fácil a interpretação da legislação nacional processual penal constitucional. Assim, a perspectiva acusatória dessa legislação se torna, naturalmente, cada vez mais compreensível, afinal, tais princípios coincidem perfeitamente com o modelo em questão. Ou seja, a Constituição de 1988, ao adotar o Estado Democrático de Direito e exigir um processo penal democrático, adotou o modelo processual penal garantista e o modelo acusatório.

⁸⁵ FERRAJOLI, Luigi. ***Direito e razão – Teoria del garantismo penal***. Madrid: Trotta, 2006, p.608.

A partir disso, torna-se relevante um olhar histórico sobre a mudança da base inquisitorial e o surgimento do sistema acusatório com a Constituição de 1988.

Após a década de 1930, depois da instalação do Estado Novo, o Código de Processo Penal de 1941 foi instituído por Getúlio Vargas, entrando em vigor em 1942. Tal código, configuradas algumas mudanças e reformas pontuais, é o que vigora até os dias atuais.

Quando estabelecido o Código de 1941, encontrava-se em vigor a Constituição de 1937, também conhecida como “Polaca”, por ter sido fortemente influenciada pela autoritária constituição polonesa. Nela, nenhuma referência ao sistema processual penal foi realizada, mesmo que implicitamente.

O sistema inquisitório que predominava nessa época perdurou até 1988. Nesse período de 1946 a 1988, duas constituições foram estabelecidas, a de 1946 e a de 1967. Nenhuma dessas constituições adicionou novidades que pudessem ser consideradas relevantes ao processo penal.

A Constituição de 1946 permaneceu garantindo alguns direitos sociais e ampliou de certa forma os direitos civis e políticos. Contudo, o sistema processual permaneceu inquisitório. Já o período ditatorial foi marcado novamente pela ênfase dos direitos sociais e a supressão de direitos civis e políticos. O sistema processual se manteve inquisitório, porém agravado pelos perversos métodos de tortura e, em alguns casos, a ausência total de defesa.

Com a promulgação da Constituição Cidadã de 1988, pela primeira vez, adotava-se um sistema que pode-se definir como acusatório. Não por acaso, isso ocorre no mesmo momento em que começam a ser adquiridos pela população brasileira direitos civis, políticos e sociais, ou seja, num momento de redemocratização. Assim, pode-se inferir que o próprio conceito de sistema acusatório poderia ser pensado como reflexo da síntese do Estado Democrático de Direito.

O sistema acusatório seria, portanto, um reflexo da democracia em sentido amplo, diferentemente do sistema inquisitivo, que, na esteira oposta, surge da insuficiência de direitos

políticos e civis, geralmente por governos autoritários. Por isso, na visão de Streck⁸⁶, o sistema acusatório revoga, ou deveria revogar, o sistema inquisitório.

Porém, o que se pode observar no Brasil é um sistema acusatorial que não superou totalmente seu passado inquisitorial. Tanto o sistema processual penal, quanto o Estado Democrático de Direito encontram dificuldades de transição e consolidação. Pode-se afirmar que, atualmente, na legislação nacional, existem e persistem resquícios inquisitoriais. Apesar da busca pela consolidação do sistema acusatorial, negar a existência de institutos que flertam perigosamente com o passado inquisitório brasileiro, seria, no mínimo, uma visão analítica superficial do conteúdo normativo nacional.

Certos dispositivos do Código de Processo Penal e de algumas leis processuais penais extravagantes demonstram que o procedimento inquisitório e as ideologias de “lei e ordem”, tolerância zero e defesa social ainda estão em voga, contaminando a praxe, povoando a mente dos atores jurídicos, notadamente dos magistrados. Muito disso, provavelmente, se deve a ideologia fascista predominante na época da elaboração do Código de Processo Penal e pelas influências dos movimentos repressivistas, que, até hoje, ameaçam o Estado Democrático de Direito, ao propagar respostas autoritárias, que se utilizam do direito penal máximo, aos clamores sociais por segurança.

Neste sentido, alguns importantes doutrinadores nacionais, como Geraldo Prado, destinam parte de suas obras a identificar alguns dos institutos de viés inquisitorial que assombram o diploma processual pátrio. Entre eles, vale citar: a requisição de instauração de inquérito policial por parte do juiz (art. 5º, II do CPP); o controle do juiz sobre a decisão do promotor em requerer o arquivamento do inquérito (art. 28 do CPP); a prisão preventiva em fase de inquérito (art. 311 do CPP) e, por fim, os objetos do presente trabalho, a *mutatio* e *emendatio libelli* (arts. 384 e 383 do CPP).

⁸⁶ STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2ª ed. Rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 168

3. *MUTATIO E EMENDATIO LIBELLI* COMO INSTITUTOS EM DESALINHO COM O MODELO PROCESSUAL PENAL ACUSATÓRIO GARANTISTA

Ao longo deste capítulo, será abordado o real e principal tema da presente produção acadêmica, analisando dois relevantes e perigosos institutos da atual legislação processual penal. Ambos serão estudados com base no papel processual da acusação e do julgador dentro do modelo processual garantista SG, logo, por óbvio, segundo o sistema processual acusatório.

Além de explicar os conceitos e expor suas características, será exibida a contraposição entre a redação antiga e a nova, percebendo os pontos de avanço em direção ao ideal constitucional acusatório e os pontos de regressão. O objetivo principal é avaliar, pela lente da teoria garantista de Ferrajoli, o passado e o presente desses interessantes institutos processuais penais, para só então sustentar a inadequação de ambos ao modelo garantista SG, ao sistema acusatório, ao Estado Democrático de Direito e à Constituição da República.

3.1. Papel do juiz no processo penal acusatório

“[...] pode-se chamar acusatório todo sistema processual que tem o juiz como um sujeito passivo rigidamente separado das partes e o julgamento como um debate paritário, iniciado pela acusação, à qual compete o ônus da prova, desenvolvida com a defesa mediante um contraditório público e oral e solucionado pelo juiz, com base em sua livre convicção. [...]”⁸⁷

Cumprido, neste momento, dedicar o estudo ao personagem processual responsável pela resolução dos casos, o juiz. Vale, portanto, iniciar o estudo pela introdução e avaliação das provas.

O inquérito policial, em regra, é um procedimento de natureza jurídica administrativa e é comandado pela autoridade policial, encarregada do exercício da atividade de polícia judiciária. Pela lei atual, é sigiloso, não contraditório e escrito, podendo ser instaurado, nas hipóteses de apuração de crime de ação pública incondicionada, de ofício, pela autoridade policial, por requisição do juiz ou do membro do Ministério Público, em decorrência de notícia crime levada à autoridade policial por qualquer pessoa, ou por requerimento do próprio ofendido. Também é

⁸⁷ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 521.

possível que sua instauração se dê por comunicação espontânea do indiciado, em virtude de prisão em flagrante, ou auto de resistência. Todavia, se o crime praticado for de ação penal privada ou pública condicionada, o início do inquérito demandará manifestação do ofendido (ou de quem tenha qualidade para representar ou requisitar).⁸⁸

Destarte, como se pode concluir, infelizmente, a legislação atual abre a perigosa possibilidade de a própria figura magistral ordenar a instauração de inquérito. Como se sabe, o magistrado não deve ter influência ou poder sobre a investigação e sua figura como juiz instrutor nada mais é do que um dos aspectos dos antigos juizes inquisidores, que acumulavam, como já visto em capítulo antecedente, as funções de acusar, instruir e julgar. Logo, o magistrado que ordenar instauração de inquérito estará agindo com tanta parcialidade quanto se estivesse iniciando a persecução penal de ofício, dirigindo-a e julgando-a. Ao atuar dessa forma, o mesmo estará automaticamente ofendendo tanto o modelo acusatório, quanto a própria Carta Magna.

Dentro de um contexto acusatório perfeito, não só o direito de ação, como o direito à prova são pressupostos básicos. Assim, a regra é que a atividade probatória seja restrita aos litigantes, incumbindo ao juiz o papel de avaliá-las, sem intervir em seu processo de construção.

“A gestão das provas nas mãos do juiz também caracteriza a inquisitorialidade. E é assim porque deduzir provas e deduzir a acusação são comportamentos processuais das partes que se movem no processo motivadas por interesses distintos do interesse do juiz. Este é ditado pela imparcialidade e a presunção de inocência atua como princípio constitucional de controle dessa imparcialidade. Modificar o teor da acusação e produzir provas de ofício são atividades que, em suma, atentam contra a presunção de inocência.”⁸⁹

Para Gomes Filho⁹⁰, no modelo inquisitório, reflete-se a proeminência da figura do juiz e a subalternidade das partes na tarefa de obtenção do material probatório, o dogma da verdade real, a preocupação com a economia processual e, sobretudo, uma concepção peculiar de livre convencimento, visto como liberdade absoluta na própria condução do procedimento probatório.

⁸⁸ PRADO, Gerlado. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 270.

⁸⁹ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997. p. 239.

⁹⁰ *Idem*. p. 63.

A verdade é que quem procura sabe ao certo o que pretende encontrar e isso, em termos de processo penal condenatório, representa uma inclinação ou tendência perigosamente comprometedora da imparcialidade do julgador.⁹¹ Essa imparcialidade, por sua vez, também configura um pressuposto básico para o funcionamento do sistema processual realmente acusatório.

“Com efeito, o juiz que antecipadamente está em condições de ajuizar a solução para o caso penal (que em algumas hipóteses sequer foi objeto de pretensão do interessado), na prática torna dispensável o processo, pois tem definida a questão independentemente das atividades probatórias das partes, comportamentos processuais que devem ser realizados publicamente e em contraditório.”⁹²

Se o juiz, precocemente, aderir a uma das versões expostas no processo terá sua capacidade cognitiva comprometida, perdendo a equidistância em relação às partes e comprometendo a dialética. Assim, de nada adia o Devido Processo Legal, até porque, tudo não passará de mera encenação conduzida para que o magistrado possa ao final sentenciar tão somente a fim de corroborar seu julgamento apriorístico.

Assim como a imparcialidade, a independência do magistrado também se revela como uma característica de suma importância para o regular funcionamento do modelo processual penal constitucional. Na verdade, se apresenta como pressuposto da própria imparcialidade, posto que um juiz dependente é um juiz sujeito a pressões e manipulações políticas, que podem viciar a apreciação do caso penal. Ou seja, para se atingir a verdadeira imparcialidade pela livre convicção é necessário independência plena. Apenas o juiz independente poderá exercer a função constitucional de garantidor dos direitos fundamentais, tão essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Importante enfatizar que cobrar tais características de um juiz não é o mesmo que exigir neutralidade. Mesmo porque, a neutralidade é totalmente inatingível, visto que o magistrado está inserido no mundo e, portanto, “como todos os outros seres humanos, também é construtor da

⁹¹ PRADO, Gerlado. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 218.

⁹² *Idem*, p. 108.

realidade em que vivemos”⁹³. As experiências pessoais e a vivência no mundo cotidiano moldam a percepção subjetiva de todo e qualquer sujeito. É impossível renunciar essa subjetividade, mas é necessário sempre buscar a objetividade, mesmo que jamais se possa alcançá-la em sua plenitude.

“Com efeito, não há razão, dentro do sistema acusatório ou sob a égide do princípio acusatório, que justifique a imersão do juiz nos autos das investigações penais, para avaliar a qualidade do material pesquisado, indicar diligências, dar-se por satisfeito com aquelas já realizadas ou, ainda, interferir na atuação do Ministério Público, em busca da formação da opinio delicti.”⁹⁴

O mesmo vale para o controle do juiz em relação ao princípio da obrigatoriedade da ação penal. Sabe-se que, na atual legislação, cabe ao juiz avaliar se concorda ou discorda do pedido de arquivamento do Ministério Público, de modo que, somente em caso de concordância, poderá efetivamente ocorrer o arquivamento. Em caso de discordância, o caso será enviado ao Procurador Geral, que decidirá pela insistência no pedido de arquivamento, pela designação de outro membro do Ministério Público para oferecer a denúncia, ou por oferece-la pessoalmente.

Tal situação também configura afronta direta ao modelo acusatório e à Constituição. Caso atendido o pleito judicial e manifestada a discordância quanto ao pedido de arquivamento dos autos da investigação criminal, não haverá dúvidas do posicionamento tendencioso precocemente demonstrado pelo juiz.

3.2. Papel da acusação no do processo penal acusatório

Importante também o exame do papel jurídico do acusador. Como visto, uma das mais claras exigências do sistema acusatório é a necessidade de que o o papel da acusação jamais seja desempenhado pelo juiz. Essa tarefa deve ficar nas mão de um órgão, ou pessoa, distinto do julgador, para que o juiz possa manter sua imparcialidade. Tal pessoa, ou órgão, deverá imputar uma infração penal, integrando o direito de ação e limitando o objeto da demanda, até porque, o acusado se defenderá desses mesmos fatos imputados pela parte autora.

⁹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **O papel do novo juiz no processo pena**. In: Coutinho. Jacinto Nelson de Miranda (Coord.) *Crítica à Teoria Geral do Direito Processual Penal*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pp. 46-47.

⁹⁴ PRADO, Gerlado. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p 273.

Nas ações penais públicas incondicionadas, cabe ao Ministério Público, em função do princípio da obrigatoriedade (e da oficialidade ou investidura⁹⁵), o oferecimento da denúncia. Porém, convém que se pondere com muita cautela a interpretação do dispositivo legal referente a tal poder, que diz, basicamente, que “o Ministério Público é obrigado a promover a ação penal, se diante de fato que, a seu juízo, configure um ilícito penal”.⁹⁶

Destarte, pode-se extrair que o princípio da obrigatoriedade não impõe ao Ministério Público o oferecimento da denúncia. O que se exige é exclusivamente a defesa da ordem jurídica, do regime democrático de direito e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, inerentes ao exercício da acusação penal. Assim, o mesmo só deverá iniciar a ação penal em caso de constatação de presença de conduta delituosa, e, ainda assim, desde que satisfeitas as condições da ação penal. Apesar de titular da ação pública, que é regida pelo princípio da obrigatoriedade, o Ministério Público não tem necessidade de oferecer a denúncia, podendo requerer o arquivamento do inquérito. Além disso, ainda que já oferecida a denúncia, o poder do Ministério Público se mantém, podendo pugnar pela absolvição do réu, desde que tais atuações sejam, a seu (exclusivo) critério, as mais apropriadas no caso concreto.⁹⁷

“Enquanto órgão do Estado e integrante do Poder Público, ele tem como relevante missão constitucional a defesa não dos interesses acusatórios, mas da ordem jurídica, o que o coloca em posição de absoluta imparcialidade diante da e na jurisdição penal”⁹⁸

Não se trata de um simples órgão de acusação, mas sim de um órgão legitimado para a acusação. O Ministério Público possui tal legitimidade, e, em regra, privatividade, exatamente por ser o guardião do Estado Democrático de Direito. A própria Constituição da República designa a responsabilidade pela defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis.

⁹⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 380.

⁹⁶ OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p.110.

⁹⁷ *Idem*, p. 384.

⁹⁸ *Idem*, p. 369.

A privatividade do Ministério Público retira qualquer função de acusação do magistrado, desde que, logicamente, a este não se atribuam poderes instrutórios, como já comentado. O julgador não pode, de modo algum, violar a atuação do órgão acusador, em respeito ao sistema acusatório, à Constituição e os princípios institucionais, nela contidos.

“Na medida em que o Ministério Público moderno nasce para realizar os interesses mais fundamentais da República, sua concepção não pode se afastar de mecanismos que orientam sua atuação, bem como da necessária proteção a interferências. Nessa esteira, os princípios institucionais emergem da própria ideia finalística do Ministério Público, caracterizando e modelando sua atuação, simultaneamente.

(...) O fundamento jurídico desses princípios, como se vê, é o interesse público. O Ministério Público não é um fim em si mesmo, mas Instituição que, na ‘nova onda’ democrática, adquiriu relevo fundamental para garantir o respeito à ordem jurídica. Logo, os princípios que norteiam sua atuação justificam-se para a realização de anseios transcendentais e primários.

A fonte desses princípios é a Constituição Federal. Sabiamente, o Magno Diploma, ao mesmo tempo em que colocou a Instituição entre as essenciais à justiça, estampou seus princípios no § 1º, do art. 127. Revela expressamente que são princípios institucionais do Ministério Público a unidade, a indivisibilidade e a independência funcional. É a partir dessa base principiológica, portanto, que o parquet exerce suas atribuições.”⁹⁹

A Magna Carta, em seu § 1º, art. 127, revela esses princípios institucionais do Ministério Público. São eles: a independência funcional, a unidade e a indivisibilidade.

A independência está para o Ministério Público assim como a imparcialidade está para a Magistratura. É certo que o juiz deve também agir com independência e o membro do MP com imparcialidade, na medida em que o juiz, para manter-se imparcial, deve ser independente, e o membro do MP, mesmo enquanto parte, deve ter como pressuposto de sua atuação a mesma equidade que se espera do juiz (e não o simples interesse individual, ou de grupo, como se tem por legítimo ao advogado). Porém, a imparcialidade do juiz diferencia-se por significar equidistância das partes e dizer respeito ao “mundo processual”. Já o Ministério Público, mesmo atuando na qualidade de *custos legis*, não se situa num ponto ideal equidistante dos sujeitos processuais, pois seria ingênuo entender que a função de *custos legis* é defender uma norma abstrata, indiferente das partes em conflito. Muito pelo contrário, ele defende a norma, mas apenas enquanto esta é vocacionada a assegurar um determinado interesse, ainda que não coincida com o interesse de nenhuma das partes litigantes. Sua posição é, portanto, de distanciamento das partes, mas não de

⁹⁹ SILVA, Redson Rodrigo de Souza. **Aspectos gerais dos princípios institucionais do Ministério Público: unicidade, indivisibilidade e independência funcional**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3160, 25 fev. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21153>. Acesso em: 24 out. 2019.

equidistância entre elas. Assim, o Ministério Público mantém-se em posição independente das partes, mas pode, perfeitamente, direcionar sua atuação no sentido de uma delas, desde que aí vislumbre o determinado interesse público. Disso resulta que, no plano simbólico, a nota caracterizadora do Judiciário é a imparcialidade, e do Ministério Público, a independência.¹⁰⁰

Ainda que se possa sustentar que, na Carta de 1988, o Ministério representa um “quarto poder”, o constituinte, no art. 2º, adotou o paradigma dos três poderes, “independentes e harmônicos entre si”. Assim, não poderia ele, no art. 127, investir a instituição Ministério Público da mesma independência caracterizadora do Legislativo, do Executivo e do Judiciário, com o que ficaria consagrada a solução quatripartida do Poder. Conclui-se, pois, que a independência refere-se ao agir funcional, à uma atividade-fim, não ao ente (estrutura jurídica) enquanto tal.¹⁰¹

Enquanto o princípio da independência funcional refere-se ao agente individualmente considerado, os dois outros princípios, da unidade e da indivisibilidade, levam em consideração a ação dos diversos agentes, reportando-se, pois, à Instituição. Logo, existe uma clara diferença quanto à titularidade destes princípios. A independência funcional é de titularidade do membro do Ministério Público, ao passo que a unidade e indivisibilidade são princípios em que a própria instituição figura como titular.¹⁰²

O princípio da unidade remete-se a uma meta de atuação coesa do vários membros, sejam eles agentes estaduais ou federais. O primeiro instrumento garantidor dessa unidade é a Constituição Federal, depois, as leis pelas quais cada membro deve pautar sua atuação, em conformidade com seu discernimento e sua convicção, e não sob as rédeas de uma chefia.

Em outras palavras, a unidade está para a Ministério Público assim como a independência funcional está para o indivíduo membro dele. Da mesma forma que o indivíduo não é o objeto da independência funcional, mas seu titular e garantidor, a instituição não é o objeto da unidade, mas seu titular e garantidor. Assim, a relação entre unidade e independência funcional acaba sendo

¹⁰⁰ Teixeira, Francisco Dias. **Princípios constitucionais do ministério público**. *Revista Brasileira de Ciências Criminais* 12.49 (2004), pp. 70-71.

¹⁰¹ *Idem*, p. 75.

¹⁰² *Idem*, pp. 77-78.

necessariamente conflituosa. De um lado, o indivíduo em seu natural desejo e em seu direito constitucional de liberdade de atuação, de outro, a instituição, em sua vocação normal e em seu dever jurídico de impedir ações contraditórias, ou, pior, mutuamente elisivas. É exatamente pela existência desse conflito que instrumentos organizacionais, como o Conselho Superior, Câmara de Coordenação e Revisão, entre outros, foram criados. Com o auxílio destes é que o princípio da unidade é mais facilmente alcançado.¹⁰³

De acordo com a Constituição de 1988, os membros do Ministério Público estão investidos de idêntico poder para falar em nome da instituição, decorrendo daí a possibilidade de um titular ser substituído por outro, sem quebra da expressão institucional. A partir disso, extrai-se o conceito de indivisibilidade.

Essa substituição há de estar previamente disciplinada na lei e especificamente previstas nas normas regulamentares do próprio Ministério. Assim, fica evidente uma grande diferença entre os princípios da unidade e da indivisibilidade. Enquanto um é princípio-meta (unidade), não definido previamente sequer pela lei, o outro é princípio-concreto (indivisibilidade), com exercício rigorosamente definido por leis e por regulamentos, que formam a própria estrutura da instituição.

Em suma, ao se levar em consideração os princípios institucionais do Ministério Público, com destaque para a independência funcional, e o real significado do princípio da obrigatoriedade, há de se concluir que somente ao Ministério Público cabe o juízo acerca da propositura da ação penal. O controle sobre o princípio da obrigatoriedade, portanto, é, necessariamente, competência do próprio Ministério Público, em virtude do princípio da independência funcional.

Além disso, não se pode deixar de estudar a necessidade de correlação entre acusação e sentença, talvez um dos tópicos mais importantes a serem abordados.

“(...) deve haver uma correlação entre a sentença e o fato descrito na denúncia ou na queixa, ou seja, entre o fato imputado ao réu e o fato pelo qual ele é condenado. Esse princípio da correlação entre a imputação e a sentença representa uma das mais relevantes garantias do direito de defesa e qualquer distorção, sem observância dos dispositivos legais cabíveis, acarreta a nulidade da decisão. Não pode o Juiz, assim, julgar o

¹⁰³ *Idem*, p. 79.

réu por fato de que não foi acusado ou por fato mais grave, proferindo sentença que se afaste do requisitório da acusação.”¹⁰⁴

Como já visto, o juiz não deve ter gestão da prova. Cabe, agora, observar que o mesmo não pode invadir o elemento objetivo da pretensão para alterá-lo. A regra, portanto, é a imutabilidade do objeto do processo penal. O fato narrado na denúncia/queixa serve como limite a ser respeitado pelo juízo criminal na sentença. Assim, o juiz está vinculado ao objeto daquele processo. Caso condene com base em fato estranho, a sentença será nula, podendo ser chamada de *extra petita*, expressão utilizada quando o juiz concede algo distinto do que foi pedido.

Modificar a pretensão acusatória envolve princípios de decisiva aplicação para a construção de um verdadeiro sistema acusatório. Nesse sentido, Aury Lopes Jr.¹⁰⁵, chama atenção, mais especificamente, para o princípio da inércia da jurisdição, do contraditório e do direito de defesa.

A inércia figura como um princípio imprescindível para o sistema acusatório, visto que é elemento fundante da jurisdição e garantidor da sistemática acusatória. Assim, “deve o juiz manter-se em inércia, só atuando quando invocado pelas partes na mediada da invocação.”¹⁰⁶ Por óbvio, se o juiz não pode prover nada sem que haja pedido das partes, o mesmo dependerá do conteúdo dos pedidos para averiguar sobre qualquer provimento, não podendo manifestar sua decisão se utilizando de algo diverso do que foi requerido.

O juiz também não pode decidir sobre questões que não foram debatidas, ou seja, deve haver respeito ao contraditório. Como destaca Badaró, “a regra da correlação entre acusação e sentença é uma decorrência do princípio do contraditório”.¹⁰⁷ A correlação necessária entre os pedidos das partes e a sentença pressupõe a existência de um contraditório, que incida sobre as questões de fato e direito.

¹⁰⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002, p. 979.

¹⁰⁵ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp.1099-1102.

¹⁰⁶ *Idem*, p. 1100.

¹⁰⁷ BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 27.

O prejuízo que a falta de correlação traz ao contraditório, logicamente, também influi sobre o direito de defesa, “pois subtrai do réu a possibilidade de defender-se daquilo que foi objeto da decisão, mas que não estava na acusação.”¹⁰⁸ De nada serve o direito ao contraditório ou o direito de defesa se, durante o processo, o juiz modificar as questões de fato ou direito. Para Badaró, “o desrespeito ao contraditório poderá trazer a violação do direito de defesa, quando prejudique as posições processuais do acusado”.¹⁰⁹

Aury¹¹⁰ entende que a correlação não se restringe a acusação e sentença, pois abrange muito mais que isso. A correlação já se faz valer no momento do interrogatório e ao longo de toda a instrução.

3.3. *Emendatio libelli*

O presente estudo será iniciado observando-se o que dispõe o Código de Processo Penal, em seu artigo 383:

“Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Se, em consequência de definição jurídica diversa, houver possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo, o juiz procederá de acordo com o disposto na lei. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Tratando-se de infração da competência de outro juízo, a este serão encaminhados os autos. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).”¹¹¹

Inicialmente, vale esclarecer que não serão abordadas as alterações do artigo 383, proporcionadas pela reforma de 2008, pelo simples fato de que as mesmas não se fizeram suficientemente relevantes. As suas alterações limitaram-se a esclarecer a proibição de mudança factual, ao incluir a expressão “sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa” e positivar, nos parágrafos 1º e 2º, o que já se fazia ordinariamente na prática quando cabível a

¹⁰⁸ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1101.

¹⁰⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 143.

¹¹⁰ *Idem*, p. 1102.

¹¹¹ Art. 383 do CPP

suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei n. 9.099/1995) ou quando verificada a incompetência jurisdicional, com remessa dos autos ao juízo competente.

Para além disso, apesar do dispositivo ser autoexplicativos, serve ao melhor entendimento do significado do instituto e ao desenvolvimento da sua apresentação a síntese de Denise Neves Abade:

“É, portanto, a correção feita à peça acusatória em aspectos secundários da acusação (classificação do crime), com permanência de seus elementos substanciais. Não se trata, aí, de hipótese de aditamento da denúncia, mas mera nova classificação das infrações capituladas inicialmente na inicial acusatória”¹¹².

Trata-se de emenda à acusação promovida com o objetivo de modificar exclusivamente a classificação jurídica atribuída ao fato criminoso. É operada de ofício pelo juiz no momento da sentença (há discussão doutrinária sobre o momento de aplicação do instituto), sem qualquer participação das partes. Ou seja, não é oportunizada a produção de provas ou a argumentação contra a medida modificativa (a menos que tal argumentação se faça pela via recursal).

Uma das concepções dogmáticas existentes defende a regularidade do instituto, definindo-o como mera correção da inicial e, muitas vezes, com base na teoria da substanciação, alegando que "o réu se defende dos fatos, sendo irrelevante a classificação jurídica constante na denúncia"¹¹³. Para eles, se, ao final da instrução processual, o julgador concluir que a classificação do crime, atribuída pelo órgão de acusação, foi errônea, ou seja, descreveu os fatos corretamente, mas atribuiu-lhes tipificação equivocada, pode corrigir tal erro, condenando o acusado às penas do tipo penal que permita subsunção aos fatos provados.

Assim, entendem que a modificação decorreu de equívoco do acusador, não obstante sua "presumida capacidade técnica"¹¹⁴.

Em oposição insurge o posicionamento a ser sustentado na presente monografia. O pensamento que será aqui defendido aparece na contramão do entendimento doutrinário

¹¹² ABADE, Denise Neves. **Processo Penal**. São Paulo: Método, 2014. E-BOOK. p. 376.

¹¹³ CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo, Saraiva, p. 424.

¹¹⁴ MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014. E-BOOK. p. 1491.

anteriormente exposto. Assim como Antonio Scarance Fernandes¹¹⁵, que defende a ideia de que, “na realidade, o acusado não se defende, como normalmente se afirma, somente do fato descrito, mas também da classificação a ele dada pelo órgão acusatório”.

“É elementar que o réu se defende do fato e, ao mesmo tempo, incumbe ao defensor, também, debruçar-se sobre os limites semânticos do tipo, possíveis causas de exclusão da tipicidade, ilicitude, culpabilidade, e em toda imensa complexidade que envolve a teoria do injusto penal. É óbvio que a defesa trabalha – com maior ou menor intensidade, dependendo do delito – nos limites da imputação penal, considerando a tipificação como a pedra angular em que irá desenvolver suas teses.”¹¹⁶

Aury Lopes Jr. é certamente grande voz na crítica à *emendatio libelli*. O autor demonstra sua sensibilidade e seu pleno domínio do assunto ao observar, até mesmo, a repercussão da modificação da classificação jurídica da infração, em tese cometida, para a condução do trabalho da defesa do réu, ponto quase inobservado pela maioria dos doutrinadores. Tal apontamento se faz totalmente pertinente, na medida que a defesa, ao observar a mudança (de ofício) proporcionada pelo juiz, se vê obrigada a reformular toda a estratégia até então organizada, no objetivo de zelar pelo interesse da parte ré. Tendo em vista que tal emenda se dá no momento da sentença (apesar de haver discussão doutrinária nesse sentido), essa reformulação da estratégia de defesa resta totalmente prejudicada.

No intuito de provar que o réu também se defende da classificação atribuída pelo acusador, Aury chega a distinguir os conceitos de fato processual e fato penal. Segundo ele, para o direito penal, fato seria uma “descrição hipotética feita pelo legislador e que constitui o tipo penal”¹¹⁷, ao passo que, no direito processual penal, seu conceito possui maior amplitude, sendo um “acontecimento da vida, real e indivisível”¹¹⁸, ou seja, seria a soma do conceito de fato penal com o acontecimento naturalístico.

Destarte, o argumento costumeiramente utilizado pela doutrina para justificar e defender a *emendatio libelli* cai por terra a partir de tal distinção de conceitos, posto que a modificação da tipificação legal deixa de ser uma mera correção inofensiva no momento em que altera o fato penal

¹¹⁵ SCARANCE FERNANDES, Antonio. **A Mudança do Fato ou da Classificação do Novo Procedimento do Júri**. Boletim do IBCCrim, n. 1888, julho de 2008, p. 6.

¹¹⁶ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 1103 – 1104.

¹¹⁷ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1104.

¹¹⁸ *Idem*, p. 1104.

(consequentemente alterando também o fato processual). Aury afirma categoricamente que, “alterações na dimensão material acarretam, inegavelmente, reflexos no campo processual.”¹¹⁹

Convém salientar que conceder a emenda da tipificação por divergência de interpretação da lei demonstra a contradição em que incorrem os autores que defendem a não oportunização de manifestação das partes quando da aplicação da *emendatio libelli*. Até porque, a lei, ainda que em menor grau do que os fatos descritos na inicial, também comporta diferentes interpretações e visões que decorrem da vivência de cada operador do Direito. Como pode o juiz ter plena convicção do real enquadramento legislativo, se isso origina-se de subjetiva interpretação? Além do mais, a máxima que diz que o juiz conhece o Direito não pode ser utilizada para apoiar desmandos do magistrado, porque, apesar de conhecer o Direito, o magistrado é um ser humano e também está sujeito a cometer erros. Tanto é verdade que tal fato fundamenta também o princípio do duplo grau de jurisdição, que admite como premissa a realidade de que o juiz não é conhecedor de todas as coisas, podendo acontecer dele nem sempre agir de acordo com o direito ou a justiça. Prova disso são as numerosas reformas de sentenças e demais decisões nos tribunais.

Badaró explica que a definição acerca do direito aplicável ao caso pode se traduzir em tarefa bastante complexa, sendo factível o aparecimento de dúvidas acerca de concurso aparente de normas, conflitos de lei no tempo e no espaço, bem como a própria interpretação das leis.¹²⁰ Isso, por si só, justificaria a aplicação do contraditório.

“Mas, pensamos, o processo penal brasileiro não pode mais tolerar a aplicação acrítica do reducionismo contido nos axiomas *jura novit curia* e *narra mihi factum dabo tibi ius*, pois o fato processual abrange a qualificação jurídica e o réu não se defende apenas dos fatos, mas também da tipificação atribuída pelo acusador. A garantia do contraditório, art. 5º, LV, da Constituição, impõe a vedação da surpresa, pois incompatível com o direito a informação clara e determinada do caso penal em julgamento.”¹²¹

O autor não para por aí, sua contribuição com o tema se amplia ao propor duas possíveis soluções para uma aplicação constitucional da *emendatio libelli*, dando expressa preferência à primeira: ou consultam-se as partes previamente à correção da tipificação; ou intimam-se as partes

¹¹⁹ *Idem*, p. 1106.

¹²⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. pp. 36-37.

¹²¹ LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1109.

da já operada correção, para que sobre ela se manifestem e, após, seja proferida a sentença. Segundo o autor, são duas possibilidades que amenizariam ou evitariam a violação do contraditório, configurando uma aplicação muito melhor do que a forma contida na literalidade do artigo 383 do CPP.¹²²

Assim como Aury, Alexis Couto de Brito, Humberto Barrionuevo Fabretti e Marco Antônio Ferreira Lima são favoráveis à oportunização do contraditório antes de operar-se a *emendatio libelli*, intimando as partes a se manifestarem quanto à possível alteração da tipificação da conduta narrada pela acusação antes de ser proferida a sentença.¹²³

“Portanto, em respeito ao contraditório, entendemos necessário que o juiz, antes de proferir a sentença, dando diversa definição jurídica aos fatos constantes da denúncia ou da queixa, convide as partes a se manifestarem sobre a possibilidade de uma diversa qualificação jurídica. Não há previsão em nosso ordenamento nesse sentido, mas o princípio do contraditório assim o exige.”¹²⁴

Badaró também defende a aplicação da *emendatio libelli* enquanto associada ao princípio do contraditório, previsto constitucionalmente. No seu estudo sobre tal princípio, o autor reconhece dois importantes aspectos formadores: a informação e a reação.¹²⁵ Seguindo seu pensamento, o contraditório exigiria que as partes fossem devidamente informadas de todos os atos e fatos do processo, para que então pudessem manifestar-se em reação a tais atos e fatos. O autor inclusive incumbe ao juiz o dever de contribuir para a efetivação de tal garantia, com apoio do princípio da isonomia. Assim, para ele, não basta a "mera possibilidade de participação de desiguais, passando a se estimular a participação dos sujeitos em igualdade de condições"¹²⁶ Levando isso em consideração, observa-se o completo desalinho da *emendatio* com as ideias formadoras do princípio do contraditório. Não existe informação às partes e, muito menos, capacidade das mesmas de reagirem aos atos e fatos modificadores da tipificação, caracterizando sem dúvidas cerceamento de defesa em primeiro grau. A única possibilidade de ataque à decisão seria de provocação da segunda instância com fins de reforma. Entretanto, ainda assim, isso significaria

¹²² *Idem*, p. 1110.

¹²³ BRITO, Alexi Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. E-BOOK. p. 347.

¹²⁴ BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 143.

¹²⁵ *Idem*, p. 33.

¹²⁶ *Idem*, pp.33-34.

cerceamento de defesa no que concerne à (im)possibilidade de produção de provas em relação ao tipo penal aplicável. Além de ofensa ao princípio do duplo grau de jurisdição, porque o novo tipo penal não foi debatido no Juízo a quo, havendo clara supressão de instância em relação à matéria.

O princípio do contraditório, como tantas garantias constitucionais relacionadas ao processo penal, não pode ser visto de forma isolada, porque efetivamente influencia todo o conteúdo do devido processo legal. Todos os outros quatro princípios expostos em capítulo anterior possuem relevância e podem perfeitamente ser considerados para se definir o caráter (in) constitucional do instituto em questão. Porém, em virtude da preconização didática analítica dos aspectos mais relevantes da matéria, o estudo será concentrado no contraditório (já analisado) e na ampla defesa.

A ampla defesa, por sua vez, em consequência de sua estreita relação com o princípio do contraditório, também se vê totalmente ignorada quando da aplicação do instituto processual penal da *emendatio libelli*. Muito disso se deve ao fato de, entre suas diversas funções, figurar como “o dever que assiste ao Estado de facultar ao acusado toda a defesa possível quanto à imputação que lhe foi realizada”¹²⁷.

O acesso aos meios de defesa do acusado frente a mutação, aplicada de ofício pelo magistrado, é totalmente cerceado pela própria redação do artigo, de modo que o acusado se vê limitado e obrigado à aceitar o entendimento magistral sobre a tipificação que o mesmo entende como sendo a “correta”, contrapondo o próprio Ministério Público. A repercussão disso no processo é direta, até porque, como já visto, a classificação jurídica possui fundamental relevância, tanto para a defesa do acusado, quanto para o próprio desenvolvimento processual.

Para além disso, tem-se, expressamente disposto no artigo 42 do atual Código de Processo Penal, a exigência de classificação do crime na inicial acusatória:

“Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas.”¹²⁸

¹²⁷ AVENA, Norberto. **Processo Penal Esquematizado**. 6. ed. São Paulo: Método, 2014. E-BOOK. p. 191.

¹²⁸ Artigo 41 do Código de Processo Penal.

Dessa forma, fica claro que a inicial acusatória deve ser completa e descrever minuciosamente o fato imputado ao acusado, classificando-o juridicamente (juízo de tipicidade), dentre outros requisitos. A exigência de detalhamento e clareza na acusação serve a possibilitar uma defesa eficiente e completa. Se a acusação não conferir os requisitos legais impostos, em maior ou menor grau estará prejudicada a defesa (ou até impossibilitada), pois não poderá o acusado defender-se dos exatos fatos que lhe são imputados.

A ausência de qualquer dos requisitos exigidos pelo dispositivo supracitado (excetuando-se o rol de testemunhas, pois não é obrigatório, mas consta da enumeração pela intenção de se indicar o momento em que o arrolamento deve ser feito, se for necessário), é causa de inépcia da inicial acusatória, pois prejudica o exercício do direito de defesa do acusado. Guilherme de Souza Nucci chega a formalizar essa relação entre o grau de relevância da devida classificação da denúncia e os princípios do contraditório e ampla defesa, dizendo que a falta de explicitação da classificação do tipo penal em questão gera a violação direta dos mesmos¹²⁹. Assim, a denúncia deverá ser rejeitada.

“Art. 395. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I - for manifestamente inepta;

II - faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal; ou

III - faltar justa causa para o exercício da ação penal.”¹³⁰

Tal fato demonstra a imprescindibilidade e importância da classificação jurídica para a sequência processual, não sendo possível argumentar sua irrelevância, visto que, o legislador expressamente o exigiu e impôs grave sanção processual à sua ausência.

Reforça-se, portanto, o entendimento de que a capitulação legal do crime indicada pelo acusador na inicial é sim objeto do processo e, para ser modificada, requer, minimamente, o contraditório.

¹²⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014. E-BOOK. p. 2082.

¹³⁰ Art. 395 do Código de Processo Penal.

Cabe, por fim, refletir sobre o exato momento de aplicação do instituto. A redação do artigo 383 o situa no Título destinado à sentença, o que, em tese, limitaria a sua aplicação a esse momento. Ainda assim, Aury Lopes Jr. sustenta a abertura do contraditório quando do recebimento da denúncia. Para ele, oportuniza-lo logo no recebimento da denúncia é garantir não só a máxima eficácia do contraditório, mas também garantir a estrutura acusatória do sistema processual penal. Assim, em situações de necessidade de correção acusatória, o magistrado poderia, após o contraditório, por exemplo, reber uma denúncia, não pelo delito imputado, mas por outro em específico. Da mesma forma, após serem ouvidas as partes, poderia-se afastar uma qualificadora, por exemplo, com base na ausência de justa causa em relação à ela.

Em contrapartida, existem outros críticos do instituto, que compartilham de visões diferentes de Aury. Antônio Alberto Machado pode ser indicado como um crítico mais radical do instituto, visto que defende não ser possível ao juiz ingressar na esfera de atuação do acusador e alterar o objeto do processo, ainda que somente quanto à classificação jurídica do fato. Em razão disso, propõe como medida de adequação da *emendatio libelli* a exigência de que seja feita pelo acusador. Entretanto, essa solução nada mais é do que uma abolição do instituto, tratando-se de aplicação regular do artigo 569 do Código de Processo Penal, ou seja, mero aditamento da inicial acusatória, o que inclusive também implicaria a reabertura do contraditório entre as partes.

3.4. *Mutatio libelli*

Primeiramente, assim como realizado na análise da *emendatio libelli*, o presente capítulo explorará o texto e o teor do artigo do Código de Processo Penal, que se dispõe a delimitar as bases do instituto. Assim, a redação do artigo 384 expressa que:

“Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 1º Não procedendo o órgão do Ministério Público ao aditamento, aplica-se o art. 28 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 2º Ouvido o defensor do acusado no prazo de 5 (cinco) dias e admitido o aditamento, o juiz, a requerimento de qualquer das partes, designará dia e hora para continuação da audiência, com inquirição de testemunhas, novo interrogatório do acusado, realização de debates e julgamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 3º Aplicam-se as disposições dos §§ 1º e 2º do art. 383 ao caput deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 4º Havendo aditamento, cada parte poderá arrolar até 3 (três) testemunhas, no prazo de 5 (cinco) dias, ficando o juiz, na sentença, adstrito aos termos do aditamento. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).

§ 5º Não recebido o aditamento, o processo prosseguirá. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).”¹³¹

Antes de qualquer análise mais aprofundada do presente artigo, é importante que se faça uma breve e simples conceituação do instituto em questão.

Como visto, na *emendatio libelli* não se introduz nenhum fato novo ao processo, a discussão se dá em torno de qual seria a norma penal adequada para a narração fática contida na denúncia. Na *mutatio libelli*, no entanto, há modificação decorrente da introdução de novos fatos ou circunstâncias não previstos na denúncia, porém descobertos na fase de instrução do processo. Se na disciplina da *emendatio libelli* cuidava-se do mesmo fato naturalístico, agora ocupa-se de nova definição jurídica factual, isto é, da identificação de circunstâncias fáticas penalmente relevantes que emergiram no curso da instrução do processo, aos quais a petição acusatória não fez menção. Para isso, porém, o juiz contribuirá indiretamente com o surgimento da nova circunstância ou elemento, não contido, nem explícita, nem implicitamente, na peça inicial, o que, em nossa visão e de diversos renomados autores, configuraria inconstitucionalidade extremamente danosa ao Estado Democrático de Direito e ao sistema acusatorial.

Convém, agora, atentar-se para a reforma redacional trazida após a Lei 11.719 de 2008. Para isso, será utilizado o recurso analítico comparativo. Destarte, segue o texto exato da redação do artigo 384 do CPP antes da Lei 11.719 de 2008, ou seja, ainda na versão do Decreto-Lei 3.689, de 03-10-1941:

“Art. 384. Se o juiz reconhecer a possibilidade de nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de circunstância elementar, não contida, explícita ou implicitamente, na denúncia ou na queixa, baixará o processo, a fim de que a defesa, no prazo de oito dias, fale e, se quiser, produza prova, podendo ser ouvidas até três testemunhas.

Parágrafo único. Se houver possibilidade de nova definição jurídica que importe aplicação de pena mais grave, o juiz baixará o processo, a fim de que o Ministério Público possa aditar a denúncia ou a queixa, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, abrindo-se, em seguida, o prazo de três dias à defesa, que poderá oferecer prova, arrolando até três testemunhas.”¹³²

¹³¹ Art. 384 do CPP

¹³² Art. 384 do CPP (pré 11.719/08).

As duas principais modificações positivas trouxeram um quadro muito mais próximo de um sistema acusatório garantista constitucionalmente congruente.

A primeira grande mudança foi com relação ao aditamento necessário da denúncia pelo órgão titular da ação penal, independentemente de a nova definição aumentar ou diminuir a pena. Salutar mudança, até porque, pela redação anterior, o juiz poderia simplesmente baixar os autos para a defesa se manifestar, sem que antes o autor se pronunciasse, ou seja, o magistrado poderia alterar a sequência factual disposta na denúncia do Ministério Público e condenar o réu por fato novo de ofício, desde que a nova imputação jurídica não implicasse em pena mais grave.

A segunda grande modificação foi a vinculação do magistrado aos termos do aditamento. Também se faz importante, pois, do contrário, haveria flagrante violação à ampla defesa do acusado, que ficaria à mercê da escolha do magistrado pela denúncia original ou pela aditada, como numa imputação alternativa. Assim, na redação atual, o aditamento faz-se imperioso em qualquer caso, em prestígio da norma constitucional que confere ao Ministério Público a titularidade exclusiva na promoção da ação penal pública. Isto não significa, entretanto, que a alteração no transcurso do processo não prejudique a defesa de alguma forma.

Pode-se apontar ainda como alteração positiva a substituição da expressão “circunstância elementar” pela, mais adequada, expressão “elemento ou circunstância”. A expressão anterior se mostrava extremamente contraditória, visto que, elementares do crime são fatos e dados que compõem, de modo essencial, determinadas figuras típicas, enquanto que circunstâncias seriam fatos e dados que circundam o fato principal, não sendo exatamente essenciais, mas apenas agregando ao tipo penal.

Por outro lado, o aspecto negativo da reforma reside no parágrafo primeiro do dispositivo atual, que determina a aplicação do artigo 28 do CPP quando da recusa de aditamento por parte do Ministério Público. Dessa forma, o legislador aumenta o caráter inquisitório do instituto, pois, ao se utilizar de tal prerrogativa, o juiz estará imiscuindo-se indevidamente na função constitucionalmente disposta ao único órgão titular da ação penal pública, o que, por consequência,

refletirá em sua imparcialidade, restando comprometido o princípio acusatório e com ele o sistema processual penal adotado pela Constituição de 1988.

Tal quadro consegue guardar ainda mais resquícios inquisitoriais que apenas se utilizar do, previamente sugerido, aditamento do Ministério Público, como dispõe o *caput* do artigo. Pois, ao legitimar, em seu parágrafo primeiro, que, na hipótese de recusa do único órgão titular da ação penal pública em promover o aditamento, a alteração se faça nos termos elaborados pelo magistrado, observa-se uma inadequação constitucional, garantista e acusatorial ainda mais grave, até porque, além de violação à imparcialidade, evidencia-se também violação à independência do Ministério Público, princípio institucional constitucionalmente consagrado.

Além disso, entende-se que, até mesmo no conteúdo do *caput*, ao sugerir que o MP altere a acusação, haveria uma vinculação psicológica automática do juiz à versão aditada, viciando sua capacidade cognitiva, por, basicamente, antecipar o juízo e inutilizar o processo, fazendo com que todo o resto não passe de mera encenação cujo único escopo passa a ser permitir que o magistrado enfim proceda sua sentença, confirmando seu julgamento apriorístico. Assim, a própria existência do parágrafo primeiro revela a convicção inicial do magistrado, que agora pode quebrar com a imparcialidade e a independência do Ministério Público, ofendendo ainda mais o sistema acusatorial constitucional, pois em caso de não procedimento do MP, basta invocar o artigo 28 do CPP e passar por cima da competência exclusiva do órgão, para assim reforçar sua crença preconcebida.

Em outras palavras, sugerir alteração ao Ministério Público já caracterizaria uma vinculação inerente do juiz ao aditamento em comento e aos pontos argumentativos levantados em função dele, caracterizando clara e evidente inconstitucionalidade. Mas, ao formular o aditamento pessoalmente, o juiz incorre em falha ainda mais grave da imparcialidade. O grau inquisitório de tal ato é ainda maior e sua predisposição psicológica inegável a aceitar os termos da acusação, por ele mesmo aditada, como verdades processuais, configura prova cabal da quebra de qualquer resquício de imparcialidade que possa ter restado ao se invocar tal parágrafo.

De certa forma, pode-se dizer que esse parágrafo permite que o juiz exerça o controle sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, imiscuindo-se indevidamente numa função

que deveria ser exclusiva Ministério Público. Tal princípio indica a falta de discricionariedade do órgão, de forma que acusar não configura mero poder, mas sim um verdadeiro poder-dever. Quando o juiz se encarrega de aditar a denúncia de ofício, o mesmo está se apropriando desse poder-dever da forma mais direta e inquisitória possível.

Pelo exposto, pode-se inferir que a aplicação do parágrafo 1º, do artigo 384, do CPP, com redação conferida pela Lei 11.719/2008, configura total imparcialidade e fere irremediavelmente o princípio acusatório, devendo ser afastado da legislação infraconstitucional, que se propõe, cada vez mais, como já constatado, a passar por uma necessária oxigenação, adotando correlação máxima com o texto constitucional, controlando materialmente a constitucionalidade de seus institutos.

Tendo em vista que “(...) a norma somente é válida se, analisada no contexto Constitucional, for compatível materialmente, isto é, não afrontar qualquer garantia ou direito reconhecido”¹³³, não se pode aceitar uma que possibilite ao julgador sugerir ao MP a alteração da acusação original, muito menos impor um aditamento.

Assim, os dois pontos alvo da presente crítica, que foram apresentados como sendo os focos da patente inconstitucionalidade, frontalmente prejudiciais ao sistema acusatorial e ao caráter garantista que permeia a própria Constituição, que envolve o instituto são: a possibilidade do juiz sugerir ao Ministério Público alteração da acusação e a aplicação do artigo 28 do CPP nos casos de recusa ou inércia do Ministério Público em aditar a denúncia.

Afastada qualquer ingerência do magistrado sobre a acusação e estabelecida a titularidade plena e exclusiva da ação penal pública, com total controle sobre o princípio da obrigatoriedade, por parte do Ministério Público, caso o mesmo discorde da imputação original, entendendo que o réu não incorreu em tal prática, não terá nenhuma outra alternativa que não a absolvição do mesmo.

¹³³ ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 40.

Não restam dúvidas da imprescindibilidade do afastamento legislativo do artigo 383. Sendo o papel primordial do judiciário a concretização da ordem constitucional do Estado Democrático de Direito, o juiz garantista não deve aplicar o instituto da *mutatio libelli*. Muito pelo contrário, deve trabalhar para permitir a oxigenação legal, se utilizando dos princípios e garantias constitucionais e declarando sua inconstitucionalidade via controle difuso. Em caso de controle concentrado de constitucionalidade, uma ação direta de inconstitucionalidade poderia deixar a cargo do STF a mesma tarefa.

Conclusão

Sob a perspectiva garantista do Estado Democrático de Direito, explorou-se a função do processo penal à luz da atual Carta Magna e o modelo processual penal atualmente adotado, para que a análise sobre os institutos da *mutatio* e *emendatio libelli* se desse de forma completa e aprofundada.

Primieramente, coube expor o entendimento que serviria de base para toda a construção do trabalho. Foi então apresentado o modelo processual penal garantista de Luigi Ferrajoli, expliciando incidentalmente suas características e seus dez axiomas.

Depois da compreensão da real dimensão da importância do Estado Democrático de Direito, da necessidade de implementação da democracia substancial e de sua correlação inevitável com o modelo garantista, foi introduzida, também de modo incidental, a contextualização histórica dos sistemas processuais penais instaurados em quatro das maiores civilizações da história. Ficou nítido que não existe uma relação direta entre o nível de desenvolvimento das mesmas e a transição entre sistema inquisitório e acusatório, que comumente se espera, pois, ao longo da história, o que determinou a proximidade da sociedade em relação a um ou outro sistema não foi a modernização, mas sim a afinidade da sociedade em questão com o ideal democrático.

Em seguida, o estudo se centrou em alguns momentos históricos decisivos para o desenvolvimento de cada sistema processual, como a época da Inquisição para o inquisitório e da Revolução Francesa para o acusatório. Avaliou-se, também, suas respectivas particularidades, sempre levando em consideração os apontamentos de grandes doutrinadores que discorreram sobre o tema.

Depois de explicitar temas como Estado Democrático de Direito e Garantismo penal, de ter, não apenas contextualizado historicamente, mas também, conceituado e detalhado as características de cada sistema processual penal, era hora de somar todas as informações até então dispostas e refletir sobre o modelo processual penal brasileiro.

Constatou-se que um Estado Democrático de Direito, de democracia substancial, exige, para sua efetivação, um processo penal igualmente democrático, ético, garantista e justo. Quando o objetivo é alcançar justiça processual, nada se faz mais necessário do que o respeito pleno e a promoção das garantias constitucionais. Assim, a função precípua do processo deve ser servir de instrumento a serviço da tutela dos direitos fundamentais proclamados pela Constituição. Por isso mesmo, o único caminho possível é uma depuração do ordenamento processual penal, por meio de sua releitura à luz da Constituição de 1988.

Tendo em vista essa necessidade correlacional entre os textos infraconstitucional processual penal e constitucional, observou-se que, pela clara afinidade entre o Garantismo de Ferrajoli e o Estado Democrático de Direito, existe um dever urgente de se compatibilizar o conteúdo processual penal legal e os axiomas do modelo penal garantista.

Para além disso, expôs-se a contundente semelhança entre os cinco princípios básicos fundadores do sistema de garantias processuais penais constitucionais e alguns dos próprios axiomas ferrajolianos. Além de fortalecer a tese de que o processo penal brasileiro deve conferir aplicação constante do modelo garantista, expôs, também, a fortíssima conexão entre a Constituição da República de 1988 e o sistema processual penal acusatório, principalmente pela existência do princípio acusatório. Com efeito, foi possível constatar que o sistema processual penal adotado no Brasil é, necessariamente, o acusatório. Assim, depois de uma breve contextualização histórica sobre a transitoriedade do sistema inquisitório para o acusatório no Brasil, concluiu-se que, apensar de vivermos sob as bases processuais penais acusatorias, infelizmente, ainda persistem resquícios legais de nosso passado inquisitorial.

Subsequentemente, foram abordados os papéis que juiz e acusação deveriam exercer dentro de um processo penal garantista acusatório perfeito. A conclusão foi de que, o julgador deve manter, principalmente, sua imparcialidade, enquanto que o órgão acusador deve preservar, primordialmente, sua independência.

Só então foi possível adentrar, de modo efetivo, no principal tema da presente produção acadêmica. Os dois institutos foram analisados e, a partir, principalmente, dos princípios que

circundam a Constituição e o Código de Processo Penal, foi possível evidenciar os traços inquisitoriais e inconstitucionais tanto da *mutatio*, quanto da *emendatio libelli*.

Muito disso se deve, especialmente, à não oportunização do contraditório, ao se aventar a possibilidade de alterar a classificação legal do crime, e à possibilidade da figura magistral sugerir ao Ministério Público a modificação da redação estruturada pelo mesmo na exordial acusatória (ou, até mesmo, de ofício, caso o MP não se pronuncie).

Constatou-se, portanto, que apesar de passarem por essa reforma em 2008, os objetos de estudo da presente monografia ainda resguardam um caráter inquisitivo incompatível com alguns dos medulares princípios constitucionais e com o modelo acusatório processual penal. Dessa forma, tanto a alteração da qualificação jurídica do objeto da imputação, quanto dos próprios fatos descritos na exordial acusatória são atuações que não respeitam o devido processo legal, o sistema acusatório, o Estado Democrático de Direito, o modelo penal garantista SG e a própria Constituição da República de 1988.

A solução mais adequada que se pode vislumbrar é, no caso da *emendatio libelli*, oportunizar o contraditório e apontar a inadequação classificatória em momento anterior ao juízo de admissibilidade. Já à *mutatio libelli*, após todo o longo estudo exigido para a composição do presente trabalho, não restam alternativas se não o afastamento imediato, seja pelo controle de constitucionalidade difuso, seja pelo controle de constitucionalidade concentrado.

Referências Bibliográficas

ABADE, Denise Neves. **Processo Penal**. São Paulo: Método, 2014.

ALMEIDA JÚNIOR, João Mendes. **O processo criminal brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Freitas Bastos, 1959, v.1.

AVENA, Norberto. **Processo penal esquematizado**. 6ª. Ed. São Paulo: Método, 2014.

BADARÓ, Gustavo Henrique R. Ivahy. **Correlação entre acusação e sentença**, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7ª. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho; apresentação de Celso Lafer – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRITO, Alexi Couto de; FABRETTI, Humberto Barrionuevo; LIMA, Marco Antônio Ferreira. **Processo Penal Brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAPEZ, Fernando. **Curso de Processo Penal**. 13ª ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

CARVALHO, Salo de. **Antimanual de Criminologia**, 6ª edição, rev. ampl. – São Paulo: Saraiva, 2015,

_____. **Pena e Garantias**, 3ª edição, revista e atualizada – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CORDERO, Franco. **Guida alla Procedura Penale**. Torino: Utet, 1986.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Introdução aos Princípios do Direito Processual Penal Brasileiro**. In: Separata ITEC, ano 1, nº4 - jan/fev/mar 2000.

_____. **O Papel do Novo Juiz no Processo Penal**. In: Crítica à Teoria Geral do Processo Penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

DEMCZUK DE ALENCAR, Claudio. **Os Períodos do Processo Penal Romano e seus Respectivos Procedimentos**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVI, n. 58.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria del garantismo penal**. Madrid: Trotta, 1998.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 26. ed. Petrópolis: Vozes, 1987.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. **O Direito à Prova no Processo Penal**. São Paulo: RT, 1997.

GOMES, Luiz Flávio. **Responsabilidade penal objetiva e Culpabilidade nos Crimes Contra a Ordem Tributária**. In: ROCHA, Valdir Oliveira (Org.). Direito Penal Empresarial. São Paulo: Dialética, 1995.

GRINOVER, Ada Pellegrini. **Liberdades Públicas e Processo Penal: as interceptações telefônicas**, 2ª ed. São Paulo: RT, 1982.

HOLSTON, James. **Cidadania Insurgente : disjunções da democracia e da modernidade no Brasil**/James Holston ; tradução Claudio Carina . revisão técnica Luísa Valentini. – 1ª ed. – São Paulo : Companhia das Letras, 2013.

JARDIM, Afrânio Silva . **Ação Penal Pública: princípio da obrigatoriedade**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. Coimbra: A. Amado editor-sucessor, 1979.

LOPES JR, Aury. **Direito processual penal**. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

_____. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 2ª. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

LORA, Deise Helena. **Sistemas Jurídico-Penais contemporâneos: A verdade como “revelação” no processo penal. Da gênese inquisitorial ao arbítrio do sistema misto**. 2015. Rev. El. da Faculdade de Direito PUCRS. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/sistemapenaleviolencia/article/view/21086/1393>> Acesso em: 27 de maio de 2018.

LUHMANN. Niklas. **Sociologia do direito**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro 75, 1983, v. I.

MALAN, Diogo Rudge. **A sentença Incongruente no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MARCÃO, Renato. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Saraiva, 2014.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Código de Processo Penal Interpretado**. 9. ed. São Paulo: Editora Atlas, 2002.

MORAIS, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 23ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2008.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. **Curso de Processo Penal**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

PRADO, Geraldo. **Sistema Acusatório: A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

REIS, Luís Fernando Scherma. **O Direito surgiu antes da escrita**. 2012. Disponível em: <<http://publica.direito.com.br>> Acesso em: 26 de maio de 2019.

ROSA, Alexandre de morais da. **Garantismo Jurídico e Controle de Constitucionalidade Material**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCARANCE FERNANDES, Antonio. **A Mudança do Fato ou da Classificação do Novo Procedimento do Júri**. Boletim do IBCCrim, n. 1888, julho de 2008.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito constitucional Positivo**. 24^a ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Redson Rodrigo de Souza. **Aspectos gerais dos princípios institucionais do Ministério Público: unicidade, indivisibilidade e independência funcional**. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 17, n. 3160, 25 fev. 2012. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/21153>. Acesso em: 24 out. 2019.

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto – decido conforme minha consciência?** 2^a ed. Rev. Atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

TEIXEIRA, Francisco Dias. **Princípios constitucionais do ministério público**. Revista Brasileira de Ciências Criminais. 12.49.2004.